Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Johann Diedrich Behling

Leutnant d. R., Referendar in Wesel.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1917.

Berichterstatter: Prof. Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 1876.
Bendix, Haftung für den Rechtsbestand von Rechten. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32 S. 323.
Brockhage, Die rechtlichen Folgen des Verkaufs einer fremden Sache. Diss. 1909.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1913.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.
Crome-Lilienthal, Grundriß des französischen Zivilrechts.
Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1901.
Dernburg, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1900.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts.
Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch. 1913.
Düringer, Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren. In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 374.
Dollinger, Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht. Diss. 1901.
Dudy, Die rechtlichen Folgen des Verkaufs einer fremden Sache. Diss. 1911.
Eccius, Die Eigentumsverschaffung beim Kauf. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 494.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1914.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.
Erbse, Die Gewährleistung des Verkäufers für Rechtsmängel. Diss. 1911.
Fischer, Beiträge zur Unmöglichkeitslehre. 1904.
Girard, Römisches Recht.
Gisbert, Haftung des Verkäufers eines Grundstücks für die Freiheit von Servituten und Reallasten. Diss. 1901.
Greß, Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel. Diss. 1902.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1903.
Gogemann, Zur Frage der Haftung. Im Recht 1908 S. 331.
Hagens, Die Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren. In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 664.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Holländer, Die Haftung des Verkäufers. 1900.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit. 1900.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.
Leonhard, F., Die Beweislast. 1904.
Leonhard, F., Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910.
Leonhard, R., Die Haftung des Verkäufers für Verschulden beim Vertragsschluß. 1896.
Lesser, Inhalt der Leistungspflicht. 1909.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 1906.
Paech, Der Leistungsverzug. 1902.
Patri, Die Gewährleistung für Mängel im Recht beim Sachkauf. Diss. 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1907.
Protokolle zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Rabel, Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht. 1902.
Reichsgerichtsräte, Bürgerliches Gesetzbuch. 1913.
Saenger, Die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers. Diss. 1912.
Schliack, Kann der Verkäufer, der sich über seine rechtlichen Beziehungen zum Kaufgegenstande geirrt hat, den Kauf anfechten? Diss. 1908.
Schloßmann, Der Anspruch auf Herbeiführung eines Rechtserfolges. In Iherings Jahrbücher Bd. 45 S. 97.
Schöller, Schuldhafte Nichterfüllung. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 1.
Seeler, Irrtum über das Eigentum. In der Deutschen Juristenzeitung 1899 S. 16.
Sieber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Staub, Handelsgesetzbuch. 1913.
Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch. 1912.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Unger, Erörterung über Gewährleistung. In der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart. 1911.
Windscheid-Kipp, Pandekten.
Windscheid, Pandekten. 1891.
Würzburger, Haftung des Verkäufers für die Einbringlichkeit der verkauften Forderung. In Gruchots Beiträgen Bd. 51 S. 721.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.

Geschichtlicher Überblick.

Das alte jus quiritium hatte für den Kauf die Form der mancipatio. Dieses war ein Barkauf, bei dem der Käufer das Entgelt per aes et libram hingab und ebenso die Kaufsache empfing. Doch der Käufer lief schon damals Gefahr, für das, was er hingab, keinen vollwertigen Ersatz für das Hingegebene zu bekommen, wenn er nicht vom vollberechtigten Eigentümer erwarb, da er nicht sicher war, das Erworbene auch behalten zu können. Für diesen Fall gab ihm das jus civile eine besondere Klage gegen den Auktor, die actio auctoritatis. Der Verkäufer hatte die Pflicht, den Käufer gegen rechtliche Angriffe Dritter zu verteidigen und ihn im ruhigen Besitze der Kaufsache zu erhalten. Wurde dem Käufer die Sache durch einen mit einem besseren Rechte versehenen Drittberechtigten entwehrt, bevor er hatte ersitzen können, so stand ihm die actio auctoritatis gegen den Manzipanten zu. Diese ging auf das Doppelte des vereinbarten Kaufpreises und trug strafrechtlichen Charakter, der, wie Rabel (a. a. O. S. 10) meint, in der Vernachlässigung der Defensionspflicht begründet ist.

Die actio auctoritatis hat eine voraufgegangene feierliche mancipatio zur Voraussetzung und war daher nur inter cives und hinsichtlich res mancipi anwendbar, schützte aber nicht den Erwerber einer res nec mancipi oder den, der von einem Peregrinen erwarb. Hier half die stipulatio duplae, in der man, was die actio auctoritatis ipso jure als Rechtsfolge der mancipatio gewährte, das duplum durch besondere Stipulation sich versprechen ließ. Diesen Stipulationen entsprang die actio ex stipulatu duplae. In Nachahmung der auctio auctoritatis ließ man sich in der Regel das duplum stipulieren, doch war dieses keineswegs ausnahmsloser Grundsatz, vielmehr kamen auch Stipulationen auf den einfachen Preis oder auf einen mehr als zweifachen vor. In diesen Fällen haben wir es eigentlich nicht mit einer Haftung wegen rechtlicher Mangelhaftigkeit zu tun, war doch der Kauf als solcher nicht der Rechtsgrund, der den Verkäufer verpflichtete, sondern ein gesonderter nebenherlaufender Verbalkontrakt. Auch steht das vom Verkäufer zu zahlende Entgelt nicht im Zusammenhang mit dem erlittenen Schaden, sondern richtet sich einfach nach dem Kaufpreis. Endlich trägt die actio auctoritatis wie auch die ihr nachgebildete actio ex stipulatu duplae, wie schon

gesagt, strafrechtlichen Charakter. Erst später begnügte man sich bei minder wertvollen Sachen mit einer stipulatio habere licere, die einen Anspruch auf Ersatz des wirklich entstandenen Schadens gewährte; doch war auch hier noch der Rechtsgrund der eintretenden Haftung eine besondere Stipulation. Der strafrechtliche Charakter der auctoritatis und der stipulatio duplae macht das duplum zur Strafe für ein schuldhaftes Verhalten des Verkäufers, der vermutlich darin zu erblicken ist, daß er die Gewährschaft des Auktors, die Verteidigung des Käufers gegen fremde Angriffe verletzt hat. Hier weist die stipulatio habere licere einen Fortschritt auf, indem die Defensionspflicht in die Pflicht der Erhaltung des Habens übergegangen ist. Die defensio selbst wird hier nicht stipuliert, sondern sie ist für den Fall eintretender Eviktion Leistungsbestandteil. Nicht eine Strafe ist die Folge der Pflichtverletzung, sondern die zivilrechtliche Rechtsfolge des jeweils verursachten Schadens. Wie weit die stipulatio habere licere mit dem habere licere praestare des klassischen Kaufrechtes in Beziehung steht, ist nicht ganz aufgeklärt; doch wird angenommen, daß vermöge der bona fides ein durch die Gewohnheit gefordertes Versprechen ohne weiteres bei jedem Kaufe als gegeben angesehen wurde. Ursprünglich wird daher bei jedem Einzelkauf das habere licere stipuliert worden sein, was später aus irgendeinem Grunde entfallen sein mag. Rabel meint, daß die habere licere stipulatio direkt zu den Verkäuferverpflichtungen gehört habe und durch die actio empti erzwingbar gewesen sei. So gewinnt die Vermutung an Wahrscheinlichkeit, daß hierdurch der formale Stipulationsakt außer Gebrauch kam und das habere licere praestare sofort auf die actio empti übergegangen sei, nachdem das Versprechen, das eigentlich hätte geleistet werden müssen, im Falle der Eviktion stillschweigend vorausgesetzt wurde und als im Kaufvertrage enthalten galt. Somit gewährte die actio empti bei Entwehrung selbständig den Ersatzanspruch des habere licere. Die actio auctoritatis verlor ihre Bedeutung und verschwand mit der Manzipation unter Justinian vollständig. Dagegen blieb die besondere Stipulation des duplum bei wertvollen Gegenständen neben der habere-licere-Haftung im Gebrauch.

Diese Ansprüche greifen nur bei Entwehrung Platz; nicht bloß rechtlicher Mangel begründet sie. Es muß daher ein Rechtsstreit zwischen dem Käufer und dem Entwehrer stattgefunden haben, in dem die Kaufsache Streitgegenstand war und in dem der Käufer unterlegen ist. Somit waren die Rechtsbehelfe für Entwehrung in die actio empti übergegangen. Von Anfang an zielte der Kauf auf dauerndes Haben zum Zwecke ungestörten Gebrauchs ab. Hierzu enthielt die actio empti ein Doppeltes, erstlich die Verpflichtung zur Übertragung fehlerfreien Besitzes; die vacua possessio muß dem Käufer übertragen werden, damit er auch in possessorischen Klagen obsiegte. Sodann hat der Verkäufer die formale Übertragungshandlung vorzunehmen, und zwar ursprünglich die mancipacio, später die traditio.

Eine Haftung für rechtliche Mangelhaftigkeit, wie sie heute besteht, hat darnach das römische Recht nicht hervorgebracht, sie blieb nur Haftung für Eviktion. Eine generelle Rechtsmangelhaftigkeit konnte das römische Recht schon deshalb nicht zeitigen, weil (worauf Rabel S. 92 hinweist) z. B. wegen Grundservituten und öffentliche Lasten nur dann gehaftet wurde, wenn ihr Fehlen garantiert war. Diese rechtliche Lage hat sich auch im gemeinen Recht nicht geändert. Der Defensionscharakter der Eviktionshaftung tritt hier besonders noch in dem Erfordernis der Streitverkündigung an den Auktor zutage. Bei unterlassener Streitverkündigung konnte der Verkäufer sich durch den Einwand, er würde dem Prozeß eine andere Wendung gegeben haben, befreien. Auf der actio empti fußend, hat dann Eck eine Theorie aufgestellt, die vor allem Windscheid verbreitet hat, nach der die Sache als eigene übergeben und der Genuß derselben wie einer eigenen gewährt werden muß. Nach seiner Ansicht ist der Kauf auf Übertragung des Rechtes gerichtet und auf das tatsächliche Haben in soweit, als es der Ausfluß des rechtlichen Habens ist. Doch ist diese Ansicht nicht zur Anerkennung gelangt, da der bloße Umstand, daß ein rechtlicher Mangel vorhanden ist, auch im gemeinen Recht einen Anspruch noch nicht begründet, sondern immer erst eine Eviktion, eine Störung des tatsächlichen Habens vorhanden sein muß. So bleibt denn lediglich die Garantie des ungestörten Habens, und diese naturgemäß nur insoweit, als sie sich auf Störungen des Habens durch mangelhafte Leistung des Verkäufers bezieht.

Auch im deutschen Rechte war die älteste Form des Kaufes ein Barkauf, bei dem es auf vertragliche Bindung überhaupt nicht abgesehen ist. Dementsprechend beruht auch hier die Haftung wie im römischen Recht nicht auf Vertrag, sondern sie wird wie die Haftung für Delikte behandelt. Sie beruht auf der Gewährschaftspflicht. Wird dem Käufer durch einen Anefangskläger die Sache abgesprochen, so hat er seinen Gewährsmann zu nennen, welcher ihm als Beweis des rechtmäßigen Besitzes dient. Dieser hat Gewährschaft zu leisten. Gewährbruch ist strafbar. Die Gewährschaft besteht in der Sicherung des Käufers gegen den entwehrenden Anefangskläger. Der Gewährsmann tritt als Beklagter an Stelle des Käufers in den Prozeß ein, so daß die Anefangsklage nunmehr gegen ihn geht. Er hat sich zur Gewährschaft zu bekennen und den Käufer im Besitz zu erhalten. Wurde die Gewährschaft nicht angetreten, so galt der Verkäufer als Dieb; er hatte dem Käufer den Kaufpreis, dem Entwehrer die Diebesbuße zu bezahlen. Bei Ableugnung der Gewährschaft wurde hierüber durch gerichtlichen Zweikampf oder durch Kreuzprobe entschieden.

Aus dem Gesagten ist die große Ähnlichkeit des deutschen mit dem ältesten römischen Recht ersichtlich. Da aber auch hier die Gewährschaft strafrechtlicher Natur ist, nicht aber auf der verpflichtenden Natur des Kaufvertrages beruht, so kann von einer Haftung für Rechtsmängel im

eigentlichen Sinne nicht die Rede sein. Wie der römische Kauf verpflichtete der deutsche auch nur zur Vornahme der Übertragungshandlung, nicht zur Eigentumsübertragung. Dort wie hier lag dem Kauf nur die Absicht der relativen Übereignung zugrunde; er war auch hier nur auf faktisches Haben und ungestörten Gebrauch gerichtet.

Eine der späteren römischen Entwickelung ähnliche Regelung hat die Gewährleistung für Eviktion im französischen Recht gefunden. Hier haftet der Verkäufer ebenfalls für ruhigen Besitz; der strafrechtliche Charakter der Eviktionshaft ist gefallen, da die Haftung kraft Gesetzes auf der verpflichtenden Natur des Kaufvertrages beruht. Die Gewährleistungspflicht besteht auch hier in erster Linie in der Verteidigung (protection) des Käufers gegen dritte Ansprüche. Er muß daher dem Käufer im Eviktionsprozeß als Intervenient beitreten. Die Haftung, die sich auf Rückerstattung des Kaufpreises und aller durch die Entwehrung entstandenen Schäden erstreckt, findet nur bei tatsächlicher oder drohender Eviktion statt, nicht schon bei möglicher Eviktion. Sie richtet sich gegen den Verkäufer oder dessen Erben, nicht aber ohne weiteres gegen dessen Rechtsvorgänger.

Eine andere Anschauung liegt der Rechtsmängelhaftung des preußischen allgemeinen Landrechts zugrunde. Hier haftet der Verkäufer grundsätzlich für Eigentumsübertragung (Dernburg a. a. O. S. 405 § 148). Er hat dementsprechend nicht nur für „ruhigen Besitz Gewähr zu leisten“, sondern vielmehr für Rechtsmängel zu haften. Die Eviktion läßt den Mangel nur in Erscheinung treten; die Haftung wird aber begründet durch das Vorhandensein des Mangels. Praktisch ändert sich jedoch gegenüber dem alten Recht nur wenig, da eine stattgehabte Eviktion Voraussetzung der Geltendmachung des Anspruchs ist. Auch wird die Streitverkündigung an den Auktor erfordert, jedoch kann, wie erklärlich, im Gegensatz zum römischen Recht die Versäumnis der Litisdenuntiation den Verlust des Anspruchs nicht herbeiführen.

Im Anschlusse an den Überblick über die preußische Haftungseinrichtung soll noch einer auf deutschrechtlichem Boden gewachsenen Betrachtungsweise Erwähnung getan werden, die Rabel unter der Bezeichnung „Preußisch-Österreichische Haftungskonstruktion“ begreift: Sie läuft darauf hinaus, die Rechtsmängelhaftung mit der Sachmängelhaftung in Einklang zu bringen. Ihren gesetzgeberischen Ausdruck hat diese Anschauungsweise im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden. Wie Rabel nachweist, finden sich schon Ansätze dazu im deutschen Recht des Mittelalters, und starke Anklänge an sie finden sich im preußischen allgemeinen Landrechte. So verweist Rabel unter anderem mit Recht auf ALR. I, 5 § 318; I, 11 § 135. Auch muß auf ALR. I, 5 § 344 hingewiesen werden, der im Zusammenhang mit der Regelung der Sachmängel von Mängeln spricht, welche nicht die Sache selbst, sondern äußere Eigenschaften, Befugnisse und Lasten betreffen. Hier handelt es sich also um Mängel rechtlicher Natur (Dernburg S. 395 b, so auch Anm. 5 das.;

OTr. Bd. 1 S. 127), für die wie für Sachmängel gehaftet wird. Größere praktische Bedeutung hat diese Haftungskonstruktion nicht erlangt. Sie beruht auf falschen Voraussetzungen, da sie die Unterschiede in tatsächlicher Hinsicht zwischen Sach- und Rechtsmängeln außer acht läßt und dadurch Unklarheiten schafft. Richtig wäre sie, wenn, wie Unger a. a. O. sagt, Rechte an einer Sache als Eigenschaften der Sache angesehen werden könnten, was zu verneinen ist. Alle übrigen Kodifikationen haben darum diese Betrachtungsweise unberücksichtigt gelassen.

A. Der Tatbestand.

1. Die Eigentumsverschaffung beim Sachkauf.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in Anlehnung an das preußische, österreichische Recht einen Grundsatz aufgestellt, der seine Vorbilder inhaltlich noch übertrifft, der aber in den allermodernsten Kodifikationen, wie im schweizerischen Obligationenrecht Eingang gefunden hat. In § 433 bestimmt es, daß der Verkäufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen hat. Gegenüber der Eviktionshaftung, die, wie das Wort erkennen läßt, erst eine Haftung bei stattgehabter Eviktion begründet erachtet und daher den Verkäufer auch nur zur Übertragung des ruhigen, durch Eviktion nicht gestörten Besitzes verpflichtet, besteht das Verschaffungsprinzip darin, daß der Verkäufer verpflichtet ist, den Käufer zum Eigentümer zu machen, und daß er schon dann haftet, wenn nur der Käufer nicht Eigentümer geworden ist, auch wenn eine Eviktion nicht erfolgte, vielleicht auch garnicht zu erwarten ist. Ist nun eine Sache verkauft worden, an welcher ein konkurrierendes Recht eines Dritten besteht, so könnte nach dem Verschaffungsprinzip der Käufer auch ohne Eviktion Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, da wegen des konkurrierenden Rechtes im Hinblick auf die Verpflichtung uneingeschränktes Eigentum verschaffen zu müssen, die Leistung des Verkäufers als „nicht erfüllt" gilt. An Stelle der ausgebliebenen Erfüllung soll der Käufer Schadensersatz haben. Nun verbleibt aber bei ausbleibender Eviktion der Käufer im Besitz und Genuß der Sache und kann die Sache auch wirtschaftlich nutzen; er behält also das Haben der Sache, um das es ihm, wirtschaftlich betrachtet, eigentlich beim Kaufe nur ging. Er hat somit ein Doppeltes, die gekaufte Sache und den Schadensersatz für Nichterfüllung. Demgegenüber ermangelt der Verkäufer nicht nur der verkauften Sache, sondern muß auch noch Schadensersatz bezahlen. Das gleiche gilt beim Verkauf eines Rechtes, das zum Besitze berechtigt. Hierin läge eine gewisse Unbilligkeit des Verschaffungsprinzips. Aber das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie durch die Vorschriften §§ 440 II und 441 beseitigt. In dieser selben Unbilligkeit ist auch der Grund zu suchen, weshalb die Römer die Ausbildung einer Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung abgelehnt und am Eviktionsprinzip festgehalten haben. Immerhin liegt auch heute noch ein Unterschied der römischen Auffassung von der des Bürgerlichen Gesetzbuches vor. Trotz der Einschränkung des § 440 II ist der Kauf auf Eigentumserlangung gerichtet, was nach römischem Recht nicht der Fall ist. Die Vorschrift § 440 verbietet nur die Ver-

folgung derjenigen Ansprüche, die sich aus den Vorschriften der §§ 320—327 ergeben. Doch wird hierüber noch bei Besprechung der Rechtsfolgen zu reden sein.

Was ist nun unter dem „Verschaffungsprinzip“ zu verstehen? Gegen das römische Recht wurde es schon in der Weise abgegrenzt, daß nach dem Verschaffungsprinzip der Kauf auf Eigentumserlangung des Käufers gerichtet ist, während das römische Recht ihm nur den ruhigen Besitz gewährte. Nach dem Recht des allgem. Landrechts sollte der Verkäufer das Eigentum auf den Käufer übertragen und Eck (a. a. O.) zeigt, daß auch schon im jüngeren römischen Recht der Gedanke an eine Eigentumsübertragungspflicht des Verkäufers bestanden hat. Wenn man von Eigentumsübertragung spricht, so ist damit eine bestimmte Art des Eigentumserwerbs seitens des Käufers gemeint, nämlich eine derivative durch den Verkäufer als Rechtsvorgänger, die an die bestimmte vorgeschriebene Form Einigung und Übergabe gebunden ist. Das Wort „Eigentumsübertragung“ ist ein technischer Ausdruck, was von dem Wort „verschaffen des Eigentums“ nicht behauptet werden kann. Allerdings findet sich auch in der Literatur vor dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Ausdruck, das Eigentum müsse v e r s c h a f f t werden. So gebraucht z. B. D e r n b u r g in seinem preußischen Privatrecht diesen Ausdruck. Da er aber mit „Eigentumsübertragung“ wechselt und nach der Rechtsauffassung der Zeit auch nur dasselbe bedeuten soll, so kann man annehmen, daß damit nur eine stärkere Betonung der Übertragungspflicht im Gegensatz zur älteren Rechtsauffassung beabsichtigt war. Im Bürgerlichen Gesetzbuche ist nun aber das Wort „verschaffen“ Gesetzesausdruck geworden, und es muß festgestellt werden, was darunter zu verstehen ist. Im Gegensatz zum Übertragen, das einen Eigentumsübergang vom Verkäufer auf den Käufer erfordert, sieht das Verschaffen ab von der Art, wie der Käufer Eigentümer wird und erfordert nur, daß er es werde. Es verschlägt also nichts, wenn der Käufer nicht von dem Eigentümer erwirbt, aber als gutgläubiger Erwerber Eigentümer wird. Wichtig ist hier vor allem, daß auch eine fremde Sache, ja eine herrenlose Sache verkauft werden kann, ohne daß vorher der Verkäufer Eigentümer zu sein braucht, um sein Eigentum auf den Käufer zu übertragen. Vielmehr kann der Käufer direkt von dem Fremden das Eigentum erwerben; er kann auch auf originäre Art Eigentümer werden, wenn er es nur in Wirklichkeit wird. In jedem Fall kann der Verkäufer für sich in Anspruch nehmen, das Eigentum dem Käufer verschafft zu haben, wenn dieser Umstand, daß der Käufer Eigentümer geworden ist, durch eine Leistungstätigkeit seinerseits bewirkt wurde. Dieses allerdings ist Voraussetzung, daß eine Leistungstätigkeit des Verkäufers verursachen muß, daß der Käufer Eigentümer wurde; denn der Verkäufer hat zu verschaffen, und dieses Verschaffen ist seine Leistungspflicht. Welche Leistungshandlung er im einzelnen vorzunehmen hat, läßt der Ausdruck „verschaffen“ nicht erkennen. Es ist streitig, ob in der Verschaffungspflicht

die Verpflichtung zur Herbeiführung eines Rechtserfolges zu erblicken sei. Man hat gesagt (Schloßmann a. a. O.), daß die Verpflichtung zur Herbeiführung eines Rechtserfolges, weil nicht vollstreckbar, dem Sinne der Rechtsordnung widerspräche und daher im § 433 nicht enthalten sein könne. Wenn man sich aber vergegenwärtigt, daß die Herbeiführung eines Rechtserfolges in tatsächlicher Hinsicht die Herstellung eines Zustandes bedeutet, in diesem Falle des Zustandes, daß der Käufer Eigentümer sei, so wird man nicht behaupten wollen, daß eine solche Leistung den Grundsätzen unseres Rechtes widerspricht. Man denke sich den Fall, daß auf Grund von § 249 ein Schuldner die Pflicht hätte, den Zustand herzustellen, daß ein anderer Eigentümer einer Sache sei, so wird man gegen eine so geartete Verpflichtung Bedenken nicht hegen können. Man kann auch allgemein sagen, daß die Herstellung eines Erfolges als Leistung unserer Rechtsordnung nicht grundsätzlich fremd ist, wie §§ 249, 657 zeigen. Im allgemeinen wird der Beweggrund der Parteien beim Schließen eines Vertrages immer die Absicht sein, einen bestehenden Zustand zu ändern und einen anderen eintreten zu lassen; denn alle Verträge haben einen Verkehrszweck, weil an der bloßen Vornahme einer Handlung, ohne daß eine bestimmte Wirkung erzielt wird, den Parteien nur in den seltensten Fällen gelegen sein kann. So darf man allgemein sagen, daß allen Vorträgen der Zweck, einen Erfolg herbeizuführen, zugrunde liegt, den die eine Partei, der Gläubiger, erwartet, zu dessen Herbeiführung beizutragen sich der Schuldner verpflichtet. Wenn nun der beabsichtigte Erfolg ausbleibt, wer trägt die Gefahr des Erfolges? Hat immer der Gläubiger den Nachteil des ausgebliebenen Erfolges?

Damit ein Erfolg eintrete, muß eine bestimmte erforderliche Zahl von Bedingungen gesetzt werden. Normalerweise ist der Schuldner zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet; er hat dann nur ganz bestimmte Bedingungen zum Erfolg zu setzen. Bleibt dann der erstrebte Erfolg aus mangels anderer noch fehlender Bedingungen, so trägt die Gefahr des ausgebliebenen Erfolges der Gläubiger. Kann man aber nicht auch zu einem unbestimmten, jeweils großen oder kleinen Tun, zu einer ungewissen, je nach Lage der Umstände erforderlichen Leistung verpflichtet werden? Daß dieses möglich ist, zeigt § 249, auch §§ 631, 652 sind hierfür heranzuziehen; denn ein zu leistendes Werk ist auch die Wirkung einer unbestimmten Anzahl jeweils erforderlicher Bedingungen, und Mäklerlohn wird nicht für die Mäklertätigkeit, sondern für den Erfolg des durch sie bedingten Vertragsschlusses gezahlt. In einem solchen Falle trifft das Risiko des ausgebliebenen Erfolges den Schuldner. Denn, wenn seine Leistungstätigkeit den Erfolg des fertigen Werkes, des herzustellenden Zustandes, nicht herbeiführt, so hat er seiner Verpflichtung noch nicht genügt. Daß je nach Lage der Sache und Art des Vertrages die Gefahrtragung für das Eintreten des Erfolges dem Schuldner auferlegt werden kann, entspricht der Billigkeit.

Wenn nun gesagt wird, der Ausdruck „verschaffen“ sei so ungenau, daß sich seine Tragweite nicht klar aus dem Gesetz entnehmen läßt (Eccius a. a. O., Saenger a. a. O.), so ist das insofern richtig, als das Wort „verschaffen“ bisher der juristischen Terminologie nicht angehört hat und daher auch keine technische Vorstellung damit verbunden war, ja, wie gesagt, im preußischen Recht nicht immer dieselbe Rechtsvorstellung mit dem Worte verbunden wurde. Dieser Umstand aber veranlaßt, da nun das Wort „verschaffen“ in die Gesetzessprache Eingang gefunden hat, den gewöhnlichen Wortsinn zugrundezulegen und den Fachausdruck nach ihm zu bilden.

Der alltägliche Wortsinn des Ausdrucks „verschaffen“ bedeutet aber die Herstellung eines Zustandes ohne Rücksicht auf die Art der Mittel der Herstellung, ohne Rücksicht auf den Umfang der Herstellungstätigkeit, einziges Kriterium des Verschafftseins ist lediglich der tatsächlich eingetretene Zustand. Das in der Literatur gern gebrauchte Wort „Erfolg“ ist irreführend, da es begrifflich gerade jenen ursächlichen Zusammenhang zwischen einer besonderen tatsächlichen Leistung und eingetretenem Erfolg enthält, der dem Begriff „verschaffen“ fehlt.

Hat nun jemand das Eigentum zu verschaffen, so kommt es nicht darauf an, ob er das Eigentum überträgt oder ob es ein Dritter überträgt (z. B. beim Verkauf einer fremden Sache), oder ob der Käufer auf originäre Weise Eigentümer wird. Erforderlich ist nicht eine bestimmte Leistungstätigkeit, sondern irgendeine beliebige jeweils große oder kleine, aber geeignete Leistungstätigkeit, die den Käufer tatsächlich zum Eigentümer macht.

Schloßmann a. a. O. wie auch Eccius a. a. O. weisen nun auf die Unmöglichkeit hin, eine so geartete Forderung im Prozeß durchzusetzen und sie im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwirklichen, und schließen daraus, daß die Verschaffungspflicht nur eine Gewährleistungspflicht sein könne.

Gewißlich ist diese Schwierigkeit bei einer so unbestimmten Leistung, wie sie das Verschaffen des Eigentums ist, unverkennbar; allein, auch der Gesetzgeber hat sie nicht verkannt. Ihre Lösung ist m. E. in § 442 zu finden; in der besonderen Beweisverteilung, die hier nicht „beweisen“ im prozessualen Sinne bedeutet, sondern „durch tatsächliche Vorgänge begründet darlegen und dann diese tatsächlichen Vorgänge zu beweisen“ (Eccius a. a. O.), so daß für den Fall der Rechtsverfolgung der Verschaffungsanspruch eine Spezialisierung erfährt. Wie dieses geschieht, wird bei der Darstellung des Beweises genauer zu erörtern sein.

2. Die Besitzverschaffung.

Nunmehr bekommt die Verpflichtung zur Übergabe an den Käufer hierdurch auch eine gesonderte Bedeutung. Im Gesetz wird die Übergabepflicht als eine besondere Leistungspflicht aufgeführt; sie ist es nur dann,

wenn die ebenfalls selbständig aufgeführte Verschaffungspflicht nicht Übertragung bedeutet, was nach § 929 die Übergabe einschließen würde (a. M. Crome § 217). Bei richtiger Betrachtung der Verschaffungspflicht ergibt sich, daß die Übergabepflicht eine selbständige Leistungspflicht neben der Verschaffung ist, und daß es sich nicht um eine einheitliche Pflicht mit doppeltem Inhalte handelt. Worin besteht nun die Übergabepflicht? Es könnte gesagt werden, die Beantwortung dieser Frage gehöre nicht in eine Erörterung unter der Überschrift „Die Haftung für Rechtsmängel". Darum sei gleich vorweg bemerkt, daß es sich hier um die Beantwortung der anderen Frage handelt: 1. Ist der Verkäufer zur Besitzübertragung verpflichtet und ist das Fehlen des Besitzes ein Rechtsmangel, 2. Begründet die Unmöglichkeit der Besitzübertragung auch die Unmöglichkeit der Erfüllung überhaupt?

Da die Eigentumsverschaffung auch durch Übertragung erfolgen kann, so ist zweifelhaft, ob die Verpflichtung zur Übergabe nicht die Traditionssurrogate ausschließt (s. hierzu Staudinger zu 1b S. 573; Endemann S. 969 Anm. 6 und Staub, Erbse S. 19). Da, wie gezeigt, die Übertragung nur ein spezieller Fall der Eigentumsverschaffung ist, so kann nicht die ganz allgemein aufgestellte Forderung der Übergabe nur für diesen speziellen Fall berechnet sein. Wenn man sich auch hier nach dem Zweck dieser Vorschrift fragt und das ins Auge faßt, was durch die geforderte Übergabe regelmäßig erreicht wird, so erkennt man, daß der Käufer zum Besitzer gemacht werden soll. Diese Ansicht findet sich in der ganzen Literatur und ist nirgends bestritten. Der Besitz ist ein tatsächliches Verhältnis des Menschen zur Sache, kein rechtliches, und so konnte der Gesetzgeber hier, um den Zustand des erlangten Besitzes beim Käufer zu erreichen, als Leistung eine Tätigkeit, ein bestimmtes Tun verlangen; der Erfolg tritt hier mechanisch ein. Einen anderen Sinn als den der Besitzverschaffung kann die Übergabepflicht gar nicht haben (Reichsgerichtsräte S. 447, Die Übergabe). Daß jedoch im einzelnen die Übergabe bewerkstelligt wird, ist unerheblich (Endemann § 160a, 1a); vielmehr kommt es auch hier nur auf den erzielten Erfolg an (Endemann § 160a Anm. 7). Aus diesem Gesichtspunkte sind die entstehenden Fragen zu lösen. Demnach sind die Traditionssurrogate nur dann zulässig, wenn durch sie der Käufer den Besitz, wenn auch wenigstens nur mittelbaren Besitz, erlangt; brevi manu traditio wird daher immer als zulässig zu erachten sein (Endemann Anm. 6). Jedoch braucht sich der Käufer keineswegs mit mittelbarem Besitz zu begnügen, vielmehr kann er einen solchen Besitz verlangen, den er bei körperlicher Übergabe erlangt haben würde (Endemann § 969; Goldmann-Lilienthal § 130 Anm. 1; Oertmann S. 523; Reichsgerichtsräte S. 447; Planck § 433 Anm. 6). Wie ist es aber nun in den Fällen, in denen der Verkäufer selbst nicht Besitzer ist? Es muß unterschieden werden, ob er wenigstens Eigentümer ist, ob er eine notorisch fremde Sache in fremdem Besitz ver-

kauft, oder ob er eine herrenlose Sache verkauft. Für den Fall sich der Verkäufer den Besitz verschafft und ihn dem Käufer überträgt, ist schon der Übertragungspflicht nach den ganz allgemeinen Grundsätzen genügt. Wenn aber der direkte Besitz nicht verschafft werden kann, so wird man den Kauf wohl als erfüllt ansehen können, wenn der mittelbare Besitz übertragen ist. Planck S. 332 Anm. 6 a. *α*. begnügt sich hier mit der Vindikationszession. Auch kann, wenn die Übertragung des unmittelbaren Besitzes dem Verkäufer unmöglich ist, der mittelbare aber übertragen würde, nicht Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden, da der Käufer als Eigentümer sich den unmittelbaren Besitz immer verschaffen kann; doch darf nicht verkannt werden, daß es hier auf den Zweck des Einzelgeschäftes ankommen wird. Ist der Verkäufer nun Eigentümer, so wird man im Zweifel wohl als Parteimeinung unterstellen können, daß er die Besitzart übertragen muß, die er gerade selbst hat. Ist der Käufer nicht Eigentümer, so gilt das Gesagte, jedoch mit der Maßgabe, daß, wie bei den Traditionssurrogaten, der Käufer den Besitz verlangen kann, den ihm körperliche Übergabe gegeben hätte. Ist nun das Fehlen des unmittelbaren Besitzes ein Rechtsmangel? Diese Frage wird verneint werden müssen, wenn der Käufer auf Grund des mittelbaren Besitzes und seines Eigentums sich unmittelbaren Besitz sofort verschaffen kann. Besteht jedoch ein Recht zum Besitz zugunsten eines Dritten, so wird die Frage zu bejahen sein. Doch soll dieses unten bei den einschränkenden Rechten Dritter besprochen werden.

Das Gesetz erfordert die Übergabe der Sache, und es wurde gezeigt, daß hierunter die Besitzverschaffung zu verstehen sei. Von Interesse ist hier noch die Frage, ob die Übergabepflicht erfüllt sei, wenn es nur noch einer eigenen Tätigkeit des Käufers ermangelt, um den Besitz zu erlangen. Wenn der Käufer damit einverstanden ist, so ist dieses zu bejahen (s. Endemann S. 969 Anm. 7). Aber es gibt auch im Verkehr typische Fälle, wo zur Besitzerlangung eine Besitzergreifung des Käufers gehört (Lehmann II, 1 S. 33). Diese ist noch zu unterscheiden von der ganz normalen Annahmepflicht, die jeder Leistungsempfänger erfüllen muß, um nicht in Verzug zu kommen (Staudinger S. 579, 2; Endemann § 160 a Anm. 8) Im allgemeinen wird es Sache des Verkäufers sein, den Besitz zu verschaffen. Doch kann mit Einverständnis des Käufers der Verkäufer die Sache auch dadurch übergeben, daß er dem Käufer gestattet, die Sache irgendwoher wegzunehmen, oder von einer Einrichtung zu entfernen und diese Zueignung seitens des Käufers auch duldet. Jedoch ist hierbei Voraussetzung, daß der Käufer tatsächlich Besitzer wird (Endemann § 160 a Anm. 7). Es kauft jemand im Frühjahr die Früchte eines Baumes. Ist hier nicht der Vertrag erfüllt, wenn der Verkäufer im Herbste die Ernte gewährt? Jemand kauft die Fische eines Sees. Wer muß hier die Fische fangen? Genügt es, wenn der Seeeigentümer dem Käufer erlaubt, sich wie ein Besitzer zu benehmen, indem er den Fang duldet? (Es soll sich hier

nicht um den Verkauf des dem Eigentümer zustehenden Fischereirechts handeln, sondern um den Verkauf aller in dem Teich befindlichen Fische; das ist ein Unterschied.) Oder ein Bienenschwarm wird verkauft, und er zieht aus. Muß ihn der Käufer verfolgen? Es wurde oben der Gedanke ausgesprochen, daß der besitzende Verkäufer diejenige Art von Besitz zu übertragen habe, über die er selber verfüge. Gleiches kann auch von der Form des Besitzes gesagt werden. Der Besitzer übt eben durch das Ergreifen seinen Besitz aus, und so ist der Besitz dem Käufer verschafft, wenn ihm dieses gewährt wird, wenn er auch erst dadurch zum Besitzer gemacht wird. Ein Vertrag, der den Käufer noch zum Fangen der Fische, zum Ernten der Früchte verpflichten würde, trüge die Merkmale des Werklieferungsvertrages (auf den auch Kaufgrundsätze Anwendung finden). Darum kann bei gewöhnlichem Kaufe diese Verpflichtung als Absicht der Parteien nicht unterstellt werden; sie mußte im Vertrage besonders ausgesprochen sein.

Wenn das Reichsgericht (J. W. A. 266, 38) die Ausübung eines Kohlenabbaurechtes für bestimmte Zeit nicht für einen Kauf, sondern für einen Pachtvertrag erklärt, so muß man beachten, daß nicht die geförderten Kohlen, sondern das fruchttragende Grundstück Objekt des Vertrages ist. Diese Betrachtungsweise rechtfertigt sich hier, da der Vertrag für eine bestimmte Zeit galt. Da das Reichsgericht aber die Möglichkeit, daß ein Kaufvertrag vorliege, erörtert, so ist anzunehmen, daß es die Berechtigung, einmal Kohlen abzubauen, für einen Kauf der Kohle erklärt haben würde; so scheint auch das Reichsgericht die Besitzergreifung durch den Käufer und originäre Eigentumserwerbsart als für den Kauf zulässig zu erachten. Die genannten Fälle sind auch hinsichtlich der Eigentumsverschaffung zu beachten, da der Käufer hier auch erst mit der Besitzergreifung, zu der er selbst beitragen muß, Eigentümer wird, in einem Falle mit der Trennung der Früchte, im andern mit der Entfernung aus dem Teiche, endlich mit dem Einfangen der Bienen. Hier besteht die Leistung des Verkäufers, die dem Käufer das Eigentum verschaffen soll, lediglich in der Duldung der Besitzergreifung durch den Käufer. Demnach muß hier selbst zur Eigentumsverschaffung der Käufer tätig beitragen, der Kaufvertrag gälte hier schon mit der Bereitwilligkeit des Verkäufers zur Duldung als erfüllt.

Im Anschluß hieran soll geprüft werden, ob ein Verkauf herrenloser Sachen möglich ist. Hierbei müßte der Käufer durch eigene Handlung Eigenbesitz, d. i. Besitz und Eigentum, erwerben (§ 958 I). Hierbei interessiert, ob, was oben schon angedeutet wurde, diese Art Eigentumserwerb, dem Verschaffungsprinzip genügen wird. Prinzipielle Bedenken dagegen, daß auch eine die Verschaffung fördernde eigene Tätigkeit des Käufers zulässig, ja erforderlich sein kann, sind nicht ersichtlich. Die Verbalinterpretation des Wortes „verschaffen", andere Unterlagen hierfür sind nicht vorhanden, erfordert, wie schon gesagt, nur das kausale

Bedingtsein des Leistungserfolges durch die Leistungstätigkeit. Hier findet sich ein Stückchen Kausalitätslehre im Vertragsrecht, wie es sich auch z. B. in der Auslobung im Mäkler- und im Werkvertrag findet. Wie weit die Verursachung gehen soll, ist Sache der Parteimeinung, ob die Verursachung adäquat sein soll, ob die günstigste, ob alle Bedingungen gesetzt werden sollen, darüber müssen die Parteien einig sein. Im Zweifel muß der Verkäufer dem vollständig untätigen Käufer verschaffen, d. h. er muß alle erforderlichen Bedingungen setzen. Aber ein Geschäft würde nicht deshalb den Kaufcharakter verlieren, weil etwa nur eine einzige Bedingung zu setzen sei, oder weil der Verschaffungserfolg adäquat verursacht sein solle. Von den unzähligen Bedingungen, die zum Erfolg gesetzt werden müssen, liegen sicher immer eine Anzahl beim Käufer, z. B. die, daß er geschäftsfähig sei, daß er überhaupt Eigentum an der Sache haben kann (z. B. daß bei einem Geschäft zwischen Ausländern der Heimatstaat des Käufers Eigentum an der Sache erlaubt). Sicher ist es zulässig im Sinne des Kaufvertrages, daß die Zahl der Bedingungen vertraglich beim Käufer vermehrt werde, und die Herbeiführung dieser Bedingungen ist nichts als die Erreichung des Zustandes, der den Käufer erst annahmefähig macht, derjenigen Lage, die nun durch die Leistung des Schuldners unmittelbar verursacht, den Erfolg eintreten läßt, so daß auf Grund dieser Lage des Gläubigers der Schuldner unmittelbar das Eigentum „verschafft" hat. Da, wie gezeigt, der Erfolg des Eigentums beim Käufer das Kriterium des erfüllten Vertrages ist, so ist, falls der Käufer Eigentümer durch Okkupation wurde, an der richtigen Erfüllung nicht zu zweifeln. Aber es fragt sich auch hier, ob der Käufer event. tätig werden muß (Kausalität). Es kann, wie schon gesagt, nicht bezweifelt werden, das der Vertrag auf Lieferung einer notorisch fremden Sache gegen Entgelt ein Kauf sei. Dieser Vertrag ist auch dann erfüllt, wenn der Erwerb des Eigentums auf originäre Weise vor sich geht, wenn z. B. der Bauherr vom Bauführer notorisch fremde Baubalken kauft, die dieser in das Haus des Bauherrn einbaut und nachher dem alten Eigentümer den Schaden bezahlt. In dem gleichen Sinne würde es nicht gegen die Begriffsmerkmale des Käufers verstoßen, wenn sich der Verkäufer gegen Entgelt verpflichten würde, dem Käufer das Eigentum und den Besitz an einer herrenlosen Sache zu verschaffen. Das kann nun so geschehen, daß er selbst als Besitzdiener Besitz und Eigentum für den Käufer erwirbt, oder indem er, wie hinsichtlich der Besitzverschaffung bereits besprochen, dem Käufer die Gelegenheit zur Eigentums- und Besitzergreifung verschafft, und dieser durch eigene Tätigkeit beides erlangen muß. Wenn z. B. der Käufer nicht okkupieren kann, wohl aber der Verkäufer, so kann er die Okkupationsmöglichkeit des Käufers herbeiführen. So wenn der Verkäufer eines Wildes dieses in das Jagdrevier des Käufers treibt; dagegen sind gewöhnliche Treiberdienste, wenn sie sich auch auf die Jagd eines ganz bestimmten Tieres richten, nicht Kauf- sondern Dienstvertrag. Die Leistungs-

tätigkeit des Verkäufers muß eine eigene, von der Okkupation des Käufers unabhängige Handlung sein, die lediglich auf die rechtliche Wirkung des Eigentumserwerbes berechnet ist. Es fragt sich nun, fallen beide Vertragsarten nicht unter den Typus Werkvertrag? Das wird nach der Absicht der Parteien zu beurteilen sein. Ein herzustellendes Werk kann nur, und das allein kommt hier in Frage, ein durch Arbeit oder Dienstleistung herzustellender Erfolg sein (§ 631). Vergleicht man hiermit die Merkmale des Kaufvertrages genau, so erkennt man, daß beide außerordentlich nahe miteinander verwandt sind, und daß, wenn die Lieferung beim Kaufe in Arbeit der Dienstleistung bestünde, was oft der Fall sein mag, der Kauf als eine Unterart des Werkvertrages aufgefaßt werden kann als ein Werkvertrag, in dem ein vom Gesetz besonders normierter Erfolg (Besitz- und Eigentumsverschaffung) gefordert wird. Haben die Parteien nun diesen besonders normierten Erfolg beabsichtigt, so müßten die Kaufgrundsätze Anwendung finden, wenn der Kauf tatsächlich erfüllt wäre, wenn also der Käufer Eigentümer und Besitzer geworden wäre. Die Okkupationshandlung des Käufers braucht nicht lediglich als eine Annahmetätigkeit aufgefaßt zu werden, sie kann auch als eine Tätigkeit angesehen werden, die den Käufer in die Lage versetzt, die vom Verkäufer zu bewirkende Leistung, die kausal das Eigentum des Käufers zur Folge haben muß, annehmen zu können. Wenn aber der Käufer nicht Eigentümer wird, weil er es unterläßt, die Okkupationshandlung vorzunehmen, oder weil diese unmöglich wird, so wird weder die Leistung des Verkäufers unmöglich, noch kommt der Käufer in Annahmeverzug. Hier ist vielmehr als Parteiabsicht zu unterstellen, daß das Geschäft nur unter der auflösenden Bedingung ein Kauf sein sollte, daß der Käufer seinerseits die Okkupationshandlung vornehmen werde, und daß im Falle des Ausbleibens der Okkupationshandlung der Verkäufer nur zu der Leistung verpflichtet sein sollte, welche, die Okkupation vorausgesetzt, dem Käufer objektiv Eigentum verschafft haben würde. Der Vertrag wäre hier ein Werkvertrag.

3. Besondere Fälle der Eigentums- und Besitzverschaffung.

Der Verkäufer ist verpflichtet, den Käufer zum Eigentümer zu machen. Wie ist aber dieser Verpflichtung zu entsprechen, wenn das Eigentum vorbehalten ist? Kann bei der Abmachung des nicht übergehenden Eigentums überhaupt vom Kauf gesprochen werden, da doch Eigentumsverschaffung das wichtigste Merkmal des Kaufes ist? Hier darf man nicht verkennen, daß auch beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt die Absicht der Parteien auf Eigentumsverschaffung geht, und daß die Übergabe im Hinblick auf das spätere Eigentum des Käufers erfolgt (Endemann § 972 Anm. 22). Der Eigentumsvorbehalt schiebt nur die Erfüllung zeitlich hinaus, ohne daß der Käufer auf Erfüllung klagen kann. § 455, der eine Auslegung dieser Vertragsart gibt, legt für den Eigentumsvorbehalt die Merkmale

des gewöhnlichen Kaufes zugrunde und läßt auf ihn nur zwei ganz allgemeine Rechtseinrichtungen anwenden, die aufschiebende Bedingung und den Rücktritt. Damit ist gesagt, daß es einen Eigentumsvorbehalt der Sache nach gar nicht gibt, sondern daß diese Vertragsart nichts anderes ist, als ein Kauf mit bedingter dinglicher Wirkung und Rücktrittsberechtigung, und daß darum alle Kaufgrundsätze, zumal die Eigentumsverschaffung, Platz greifen (Staudinger S. 637), daß aber mit der Übergabe der Vertrag noch nicht erfüllt ist, sondern erst mit der wirklichen Eigentumsverschaffung (Staudinger S. 573). Ist der Käufer Rechtsnachfolger des Verkäufers, so geschieht diese mechanisch mit dem Eintritt der Bedingung. Sie kann aber auch z. B. bei Behinderung des Verkäufers zur Rechtsverschaffung, selbst dann noch ausbleiben. Dann lebt der Erfüllungsanspruch des Käufers wieder auf.

Eine besondere Form der Lieferung bedeutet der Versendungskauf. Die Übergabe erfolgt hier durch Versenden am Erfüllungsort, wo die Annahme seitens des Käufers stattzufinden hat. In der Zeit zwischen Versendung und Ankunft ist die Transportanstalt oder Person Besitzmittler für den, der sie beauftragt hat (Endemann S. 976 Ziff. 34). Demnach geschieht die Übergabe am Erfüllungsort. Die Vorschrift über die Gefahrtragung für zufälligen Untergang berührt dieses nicht. Da die Besitzverschaffung und damit die Besitzübermittlung zu den Erfüllungspflichten und der Versendungsverkäufer sich ihrer zur Erfüllung bedient, so haftet er nach § 278 (anders Dernburg § 178 II). Zum Eigentumsübergang beim Versendungsverkauf gehört wie sonst die dingliche Einigung dahin, daß der Versender zum Zwecke der Eigentumshingabe versendet, der Empfänger zum Eigentumserwerb annimmt. Würde er z. B. die Annahme verweigern, so würde diese Einigung nicht bestehen und der Empfänger auch nicht Eigentümer sein; er würde damit in Annahmeverzug kommen.

Wenn nun der Verkäufer dem Käufer nicht das volle Eigentum an der Sache verschafft hat, sondern nur Miteigentum, ist dann der Kauf als erfüllt anzusehen? Es kann nicht verkannt werden, daß der Käufer in dem Falle Eigentümer tatsächlich geworden ist, und daß somit die vom Gesetz erforderten Erfüllungsbringungen geleistet sind. Andererseits aber ist, wenn nicht gerade der Kauf auf diese Anteilsquote ging, nicht eigentlich die Kaufsache geleistet worden, sondern nur ein Anteil an der Sache, und damit ist dem Verkehrszweck des Kaufgeschäftes nicht Rechnung getragen, die im Verschaffungsprinzip der Käufer die unbeschränkteste Herrschaft über die Sache geben will. Allein, dieses ist auch nicht der Fall bei den anderen Einschränkungen, die der Käufer durch Mängel im Rechte erleidet, etwa bei einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch, das an der Sache besteht, und für diese Fälle muß man doch zunächst einmal Erfüllung des Kaufvertrages, dessen Merkmale in der Definitionsvorschrift des § 433 angegeben sind, annehmen. So stellt sich das Miteigentum als ein konkurrierendes Recht eines Dritten dar, deren Beseitigung § 434

verlangt, das aber das tätsächlich verschaffte Eigentum und die Herrschaft des Käufers als Eigentümer über die Kaufsache zwar einschränkt, aber nicht verhindert. So wird das Miteigentum im Zusammenhange des § 434 zu besprechen sein.

4. Die Rechtsverschaffung beim Verkauf eines Rechts.

Der Verkäufer eines Rechts hat dem Käufer das Recht zu verschaffen. Was allgemein unter „verschaffen" zu verstehen sei, wurde schon erörtert. Was ist aber unter der Verschaffung eines Rechts zu verstehen? Wenn bei der Erörterung der Eigentumsverschaffung festgestellt wurde, daß es darauf ankäme, den Käufer zum Eigentümer zu machen, daß die Mittel aber unerheblich seien, daß vielmehr jede taugliche Art der Eigentumsverschaffung recht wäre, soweit das Gesetz sie im allgemeinen zuläßt; so ist auch hinsichtlich der Rechtsverschaffung aller anderen Rechte nicht das „Wie", vielmehr das „Was" entscheidend. Der Verkäufer muß den Käufer zum Berechtigten aus dem verkauften Recht machen. (Staudinger S. 574 zu 2: „Der Verkäufer hat so zu verschaffen, wie es dem rechtlichen Begriff und dem rechtlichen Umfange der konkreten Berechtigung entspricht".) Das bedingt naturgemäß bei jedem Recht, das verkauft wird, andere Voraussetzungen, je nach der Natur des Rechtes ist es leichter oder schwerer. Es gibt eine Anzahl Rechte, die ihrer Natur nach überhaupt unverkaufbar sind, weil sie nur in der einen Person bestehen können und gleichsam außerhalb des Geschäftsverkehrs stehen, daher von dieser getrennt untergehen würden, also nicht verschaffbar sind. Dahin gehören z. B. öffentliche Rechte, Staatsbürgerrechte, jedoch auch Privatrechte, z. B. höchst persönliche Rechte, wie das Namenrecht, Kindschaftsrechte, Alimentationsrechte. Es gibt auch viele Ansprüche aus Schuldverhältnissen, die nicht übertragbar sind. Begründet die Unübertragbarkeit nun auch die Unverschaffbarkeit? Hinsichtlich der Eigentumsverschaffung an beweglichen Sachen ist gezeigt worden, daß auch eine notorisch fremde Sache, ja event. eine herrenlose Sache verkauft werden kann, was hinsichtlich der ersteren auch für Rechte gilt (Planck S. 330 zu 3), da die Voraussetzungen des Kaufvertrages, die Besitz- und Eigentumsverschaffung auf fremde und herrenlose Sachen anwendbar sind. Dieses ist ein analoger Fall zur Zulässigkeit des Verkaufs eines nicht bestehenden Rechtes. Der Verkäufer hat es dem Käufer in der Weise zu verschaffen, daß er es in dessen Person erstehen läßt (Planck S. 330 zu 3; Reichsgerichtsräte S. 448 zu 4; Goldmann S. 477 zu 4). Es ist darum nicht ganz richtig, wenn man nur die veräußerlichen Rechte als verkäuflich anerkennt (Reichsgerichtsräte § 433 Ziff. 4); denn ein Recht, das durch Neuentstehen in der Person des Käufers verschafft werden kann, braucht nicht übertragbar zu sein. Man wird nicht bezweifeln, daß der Anspruch des Mieters nicht einseitig übertragbar ist, und will der Mieter sein Gebrauchsrecht einem Dritten genießen lassen,

so hat das Gesetz hierfür die Form der Untermiete gefunden. Diese aber ist jedoch nicht als Kauf zu betrachten, da der Anspruch des dann verkaufenden Vermieters ja unvermindert bestehen bleibt. Sehr wohl aber ist der Nutzungsanspruch aus der Miete verkaufbar, da er verschaffbar ist, z. B. dadurch, daß der Verkäufer zugunsten des Käufers mit dem Vermieter kontrahiert. Daß obligatorische Rechte ganz allgemein verkaufbar sind, ist allgemein anerkannt. Jedoch gibt es eine Anzahl Verkaufsbeschränkungen für Rechte, so z. B. § 1059. Hier besteht die Beschränkung darin, daß das bestehende Recht nicht verkauft werden darf. Jedoch ist z. B. das Verkaufsverbot § 312 ein absolutes, ebenso §§ 399 u. 400.

Wie sich nun die Verschaffung des Rechtes vollzieht, ist an sich für die Verkaufbarkeit des Rechts und die Erfüllung des Kaufvertrages über ein Recht gleichgültig. In der Mehrzahl der Fälle wird es sich um den Verkauf eines Rechtes handeln, das in der Person des Verkäufers besteht und darum nur vom Verkäufer auf den Käufer zu übertragen ist. Aber auch dieses geschieht sehr verschieden je nach der Natur des verkauften Rechtes. Forderungen werden in der Regel zediert werden nach § 398 BGB. Forderungen, über die ein Inhaberpapier besteht, werden durch Übergabe des Papiers, Forderungen aus Orderpapieren durch Indossierung übertragen. Es ist aber auch denkbar, daß in solchen Fällen, in denen der Käufer kein Interesse am Erwerb der Forderung hat, sondern nur daran, daß der Verkäufer sie nicht habe, der Kauf einer Forderung durch Erlaß untergeht. Man kann sich den Fall so denken, daß der Käufer die Forderung erwirbt und diese dadurch untergeht, daß Anspruch und Verpflichtung sich in einer Person vereinigen, so wenn sich der Käufer von einer lästigen Verpflichtung loskauft, oder aber, daß der Käufer sie nach erfolgtem Erwerb untergehen läßt. Beim Erwerb der dinglichen Rechte schreibt das Gesetz die Übertragungsform vor. Bei Grundstücken ist es immer die Erklärung vor dem Grundbuch. Bei beweglichen Sachen ist Einigung und Übergabe erforderlich (§§ 1205, 1032 u. a.). Jedoch gilt dieses nur beim Verkauf des Rechts durch den Eigentümer der Sache, an der das Recht bestehen soll. Der Eigentümer schränkt sein Recht an der Sache ein, indem er dem Käufer ein dingliches Recht überträgt; so ist er Rechtsvorgänger des Käufers. Aber es ist nicht erforderlich, daß der Verkäufer des dinglichen Rechtes auch Eigentümer der Sache sein muß. Es kann auch ein Nichteigentümer Inhaber des Rechts sein und dieses durch Verkauf an den Käufer übertragen. Hier muß auch der Verkäufer den Käufer zum Berechtigten machen. So gilt von ihm dasselbe wie vom verkaufenden Eigentümer; er muß die Sache übergeben mit der Absicht, das Recht auf den Käufer übergehen lassen zu wollen. Wenn nun § 433 die Übergabe der Sache, an der das dingliche Recht besteht, besonders fordert, so gilt in Ansehung des Eigentümers, der das Recht verkauft, dasselbe, was hinsichtlich der Wechselbeziehungen zwischen Eigentums- und Besitzverschaffung gesagt wurde. Insbesondere gilt auch hier, daß die Besitzverschaffung

in den Fällen gesondert zu leisten ist, in denen das Recht nicht durch Übertragung verschafft wird. Der Verkäufer ist, sofern er Eigentümer der Sache oder Rechtsvorgänger ist, schon auf Grund der Rechtsverschaffung zur Übergabe verpflichtet. Das „Recht zum Besitz" bei dinglichen Rechten ist ein absolutes Recht und gegenüber jedem Dritten wirksam. Die Übergabepflicht hat nur der, der das Recht bestellt. Da nun der Verkäufer nur dann zur Übergabe der Sache verpflichtet ist, wenn das verkaufte dingliche Recht zum Besitze der Sache berechtigt, so erkennt man hieran, daß die Übergabepflicht des § 433 inhaltlich etwas anderes ist als diejenige der §§ 1205, 1032 usw. Die Übergabepflicht § 433 in Verb. mit z. B. § 1036 usw., die auch hier wie bei beweglichen Sachen vom Verkäufer als selbständige Leistungspflicht erfordert wird, hat darum mit der Übertragung des Bestellers eines dinglichen Rechtes wie desjenigen, der Eigentum überträgt, nichts zu tun. Sie ist die selbständige Besitzverschaffungspflicht des Verkäufers, die besonders denjenigen Verkäufer trifft, der das Recht für den Käufer neu erstehen lassen muß, der weder Eigentümer noch Rechtsvorgänger ist. Die Besitzverschaffungspflicht besteht bei dinglichen Rechten, die nicht zum Besitze berechtigen, nicht. Wenn ein solches Recht zur Bestellung nur Einigung und „Übergabe" erfordern würde, falls die Sache nicht übergeben wäre, so würde der Kaufvertrag nicht deshalb als unerfüllt zu betrachten sein, weil der Übergabepflicht nicht genügt sei; diese besteht in diesem Falle nicht. Wie ohne Übergabe das verkaufte Recht verschafft würde, ist eine Sonderfrage, die in der Mehrzahl der Fälle auf Parteiabmachung beruhen wird.

Auch bei dinglichen Rechten ist der Fall denkbar, daß der Käufer kein Interesse am Erwerb des Rechtes, sondern an dessen Untergang hat. So, wenn der Eigentümer der belasteten Sache diese von dem Rechte befreien will. Die Übergabe wird hier durch die Rückgewähr und die Rechtsverschaffung im allgemeinen durch die entsprechende, vom Gesetze vorgesehene Rechtshandlung ersetzt; solche sind Löschung im Grundbuch, einseitige Erklärung (§ 1064), Rückgabe (§ 1253), oft auch geht das Recht mechanisch unter (§§ 1252, 1181, 1063).

Wenn ein Nichtberechtigter oder ein Nichteigentümer ein Recht verkauft hat, so ist das ein analoger Fall zum Verkauf einer fremden Sache. Er muß dem Käufer das Recht verschaffen entweder durch Neuerstehenlassen des Rechts in der Person des Käufers oder durch Übertragung seitens eines Dritten an den Käufer. Maßstab des erfüllten Vertrages ist, wie bei der verkauften Sache, das verschaffte Recht. Oft wird dieses durch Vertrag zugunsten Dritter geschehen. Doch ist zu bemerken, daß der abgeschlossene Vertrag zugunsten des Käufers beim Verkauf eines dinglichen Rechts noch nicht die Erfüllung des Kaufvertrages ist, wohl aber beim Verkauf eines obligatorischen Rechtes (§ 328).

Endlich kann die Verschaffung eines verkauften Rechtes durch „Nichtgebrauch" vollzogen werden. Mit dieser Übertragungsart erweitert sich

der Kreis der verkaufbaren Rechte ins ungemessene. Wenn man die Frage zu beantworten hätte, ob etwa der Anspruch des Mieters auf Überlassung der Wohnung verkauft werden kann, so wird die Antwort ganz sicher und mit Recht verneinend ausfallen aus dem einfachen Grunde, weil dieser Anspruch wegen des persönlichen Charakters des Mietverhältnisses nicht an einen dritten Käufer übertragen werden kann. Wird aber die Rechtsverschaffung durch non usus vollzogen, so ist der Empfänger immer nur derjenige, welcher mit dem Rechte beschwert war. Hier wird also der persönliche Charakter des Rechtsverhältnisses gewahrt, und an diesen kann auch ein solches Recht verkauft werden. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bricht Kauf nicht Miete. Wenn nun der Erwerber eines Hauses dem lästigen Mieter gegen Entgelt zur Aufgabe seiner Berechtigung, in dem Hause zu wohnen, veranlaßt, ist das nicht ein Kaufvertrag?, ein Kauf des Wohnungsrechts des Mieters, das dieser durch non usus dem Käufer, dem Eigentümer des Hauses, verschafft? Da die Miete auf Benutzung der Mietsache geht und somit zum Besitze der Mietsache berechtigt, so muß der sein Wohnrecht verkaufende Mieter die Mietsache übergeben, und zwar durch Rückgewähr, eine Verpflichtung, die ihm auch nach Mietgrundsätzen obliegt.

Ist z. B. das Recht am eigenen Bilde verkäuflich? Eine Schauspielerin verkauft ihr Recht am eigenen Bildnis an einen Fabrikanten von Ansichtspostkarten. Die Frage wird nicht mehr verneint werden können. Das Recht am eigenen Bildnis ist nicht übertragbar; aber es ist doch verschaffbar, die Verschaffung besteht hier (das Recht am eigenen Bildnis ist ein absolutes Recht) in einem doppelten Sinne: 1. im non usus des eigenen Rechts gegenüber dem Käufer; 2. in der Verpflichtung, jedem Nichtkäufer das Recht zu verwehren. Doch wird die letztere Pflicht schon als eine Gewährleistung anzusehen sein. Der Verkäufer wird durch den non usus zwar nicht unmittelbar Berechtigter aus dem Recht am eigenen Bilde der Verkäuferin, doch wird er sich kraft seiner Rechte gegen diese dieses Rechts wie ein Berechtigter bedienen können, und gegen die Verkäuferin, die einzige, welche sein Recht angreifen könnte, hat er ein direktes Recht auf Duldung, d. i. auf non usus ihres Rechts im Sinne des Kaufvertrages auf Verschaffung.

5. Die Gewährleistung.

a) α) Was gehört zur Erfüllung des Kaufvertrages?

Der Verkäufer hat die Sache frei von Rechten Dritter zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. In welchem Verhältnis steht nun dieses Erfordernis zu den Anforderungen des § 433? Es wird in § 434 vorgeschrieben, wie die vom Verkäufer zu verschaffende Sache in rechtlicher Hinsicht beschaffen sein muß. Im § 433 wird gesagt, daß er sie zu verschaffen habe. Das Gesetz muß zur Siche-

rung der rechtlichen Begriffe festlegen, was es unter einem rechtlichen Ausdruck verstanden wissen will. So finden sich in allen Gesetzen, besonders im Bürgerlichen Gesetzbuche, eine Anzahl Definitionsvorschriften, welche vorschreiben, was unter einer ganz bestimmten Rechtsinstitution zu verstehen sei, indem sie die Merkmale dieser Rechtseinrichtung aufzählen. So z. B. §§ 1204, 1922, 1030, 765, 705, 611, 183, 184 usw. Das Rechtsleben gründet sich auf streng formulierte Begriffe und kann dieser Definitionsvorschriften nicht entraten, um an den einzelnen Verkehrserscheinungen das Vorhandensein derjenigen Merkmale zu prüfen, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören. So konstruiert sich im Intellekt des entscheidenden Juristen der Tatbestand, an den sich die Rechtsfolge, die Entscheidung, knüpft. Zitelmann nennt dieses in interessanter Analogie „Die Diagnose des Geschäfts". Sie ist die unerläßliche Grundlage der richtigen Entscheidung. § 433 ist diejenige Vorschrift, die erklärt, was unter einem Kauf zu verstehen sei. Ein Kauf ist ein Vertrag. Ist ein Vertrag geschlossen, durch den der eine Teil zur Besitz- und Rechtsverschaffung verpflichtet wird, der andere aber zur Preiszahlung, so ist dieser Vertrag ein Kauf. Die Umkehrung: Zu einem Kaufvertrage ist erforderlich, daß Besitz und Eigentum zu verschaffen und andererseits der Preis zu zahlen sei. Diese Merkmale gehören notwendig zum Kaufe, weitere gehören nicht dazu. Insbesondere gehört nicht dazu, daß die Sache frei von Rechten Dritter verschafft werden muß; das ist eine Nebenverpflichtung, die durch Parteiabmachung oder infolge gewisser gesetzlicher Voraussetzungen fortfallen kann, wohingegen die Verschaffungspflicht niemals ausgeschaltet werden kann, ohne daß der Vertragstypus dadurch geändert werde. Wenn der Gesetzgeber diese Pflicht als ein notwendiges Merkmal des Kaufvertrages angesehen hätte, so wäre es leicht möglich gewesen, diese Bestimmung in den Wortlaut des § 433 aufzunehmen. Hierin besteht der Unterschied zwischen §§ 433 u. 434. Diese Unterscheidung ist wichtig, da sie andere Rechtsfolgen ergeben kann. Wenngleich dem Käufer bei Nichterfüllung beider Verpflichtungen die gleichen Rechtsfolgen gegeben sind, so kann doch in Ansehung der tatsächlichen Verhältnisse bei Vernachlässigung der Pflicht nach § 434 von Nichterfüllung nicht gesprochen werden. Dieses hat zur Folge, daß hierbei die Rechtsfolgen an einen Leistungsverzug und an die Unmöglichkeit hinsichtlich der Leistungen aus dem Vertrage als solchen fortfallen; es bleiben hier nur die Rechtsbehelfe des § 440.

So enthält § 434 eine Gewährleistungspflicht, dagegen § 433 nicht, sondern eine Erfüllungs-, eine Vollzugspflicht, und es ist ein Widerspruch in sich, wenn Staudinger S. 645 als Voraussetzung der Gewährpflicht bezeichnet 1. den Vollzug des Vertrages, 2. daß das Recht nicht verschafft sei. Ist das letztere der Fall, so kann von Vollzug nicht die Rede sein; die dem Verkäufer als zum Kaufvertrage gehörige auferlegte Verschaffungspflicht wäre dann nicht erfüllt. Es ist im Gegenteil Voraussetzung der Garantiepflicht, daß das Eigentum verschafft, aber fehlerhaft ist. Diese

Gewährleistungspflicht ist gewiß eine Ergänzung zu § 433, jedoch nicht in dem Sinne, daß § 434 eine Auslegung über die Art der Leistungspflicht bedeute; das wäre der Fall, wenn im § 433 hinter den Worten „an der Sache“ die Worte „frei von Rechten Dritter“ eingefügt wären. Es ist eine selbständige Gewährleistungspflicht des Verkäufers, nach Analogie der Gewährleistung für Sachmängel, und gibt dem Käufer einen selbständigen Anspruch auf Beseitigung der Mängel.

Es ist eine schwierige Frage, ob die Hingabe einer mit Sachmängeln behafteten Sache schon als Erfüllung der Kaufverbindlichkeiten anzusehen sei (Oertmann S. 324 γ; Staudinger S. 575 e). Sicherlich geht die Absicht der Parteien, wenn nicht arglistige Täuschung vorliegt, auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Beim Gattungskauf ist die Verpflichtung zur Leistung einer mangelfreien Sache ohne weiteres gegeben (§ 480). Anders dagegen beim Spezieskauf. Hier ist der Verkäufer nur zur Wandelung oder Minderung verpflichtet, nicht dagegen zur Beseitigung des Mangels. Selbst wenn man aber das Gegenteil annimmt, so kann doch wegen der Nichterfüllung einer solchen Einzelpflicht nicht gleich die Erfüllung des Vertrages als solche bestritten werden. Wenn das Gesetz über den Kauf nichts anderes enthielte als § 433, so stände der Typus fest, und ein bestimmtes Rechtsgeschäft könnte nach ihm als ein „Kauf“ gekennzeichnet werden. Im Zusammenhang dieses Typus ist es unwesentlich, ob nach Verschaffung des Eigentums sich auf Grund fernerer Eventualitäten noch andere Rechtswirkungen einstellen. Deshalb gehört weder die Sachmängelhaftung noch die Rechtsmängelhaftung zu Leistungspflichten, die den Inhalt des Kaufvertrages individualisieren, da sie ja erst die Rechtsfolge selbständiger Tatbestände sind. Somit gehört bei strenger Auslegung der Verschaffungsgedanke nicht notwendig in eine Erörterung über die Rechtsmängelhaftung; allein die Rechtsgeschichte verknüpft beide Gedanken sehr enge miteinander, und auch sachlich ist die Verschaffung des Eigentums die Grundlage der Rechtsmängelhaftung. Wenn nicht der Verkäufer eine fehlerfreie Sache zu übergeben hätte, so wäre der Mängelhaftung der Boden entzogen. Wenn er nicht das Eigentum, ein Recht, zu verschaffen hätte, so könnte nicht davon gesprochen werden, daß in rechtlicher Beziehung Mängel beständen. So gab es im römischen Recht, das ja nicht auf Eigentumsübertragung ging, eigentlich keine Haftung für Rechtsmängel, sondern der Verkäufer haftete nur für den einen Fall der Eviktion, wenn dem Käufer die Sache tatsächlich abgenommen wurde, so daß der wirtschaftliche Zweck des von ihm wahrgenommenen Kaufes völlig dahin war. Diesen Fall, der keineswegs jede rechtliche Mangelhaftigkeit traf und auch dann noch das Entwehrungsresultat voraussetzte, kann man nicht mit dem allgemeinen Begriff „Haftung für Rechtsmängel“ bezeichnen.

Es wurde gezeigt, daß eine vollendete Leistung die Voraussetzung für die Mängelhaftung ist; denn nur, wenn die Leistung vorliegt, läßt sich beurteilen, ob sie mangelhaft sei oder nicht und ob sich an diesen

Tatbestand noch fernere Rechte zu knüpfen haben. Man sage nicht, daß die aus dem neuen Tatbestande (Leistung mit Mängeln) sich ergebenden Rechtsbehelfe diejenigen für Nichterfüllung seien, und daß demzufolge eine mangelhafte Leistung als Nichterfüllung anzusehen sei. Diese Erwägung paßt auf die allgemeinen Verkäuferpflichten, die zur Begriffsbestimmung des Kaufvertrages gehören, nicht aber für die Nebenleistung, die dazu noch die Erfüllung zur Voraussetzung haben und sich nicht gegen das „Ob" der Leistung, sondern das „Wie" richten: Die in § 440 bezeichneten Rechtsbehelfe wollen eben nichts anderes sein als eine rechtliche Folge der mangelhaften Leistung in rechtlicher Beziehung, die nur zufällig mit den Rechtsbehelfen für Nichterfüllung übereinstimmt und sich von der in tatsächlicher Beziehung unterscheiden. Haftet der Leistung ein Sachmangel an, so soll gewandelt und gemindert werden können; ist jedoch der Mangel ein rechtlicher, so soll der Käufer berechtigt sein, unter Anerkennung der bisherigen Leistung Beseitigung dieses Mangels, die Erfüllung der Gewährleistungspflicht zu verlangen.

β) Die Grenze zwischen Rechts- und Sachmangel.

Wegen der Verschiedenart der Rechtsfolge bei Sach- und Rechtsmängeln kommt es nun darauf an, im Einzelfall den Sach- vom Rechtsmangel zu trennen und womöglich einen allgemeingültigen Grundsatz aufzustellen, der Rechts- und Sachmangel grundsätzlich scheidet. In den meisten Fällen wird die Unterscheidung keine Schwierigkeiten bieten. Aber es gibt doch eine Anzahl von Grenzmöglichkeiten, die einer Sicherstellung bedürfen. Wenn ein verkauftes Pferd lahmt, so ist das zweifellos ein Sachmangel. Wenn aber für diese Lahmheit eine Rechtsvorschrift besteht, welche die Lage des Käufers mit Mitteln des Rechtes schlechter gestaltet, handelt es sich hier um einen Rechts- oder um einen Sachmangel? Wenn eine vorübergehende Quarantänevorschrift den Käufer beeinträchtigt, ist das Sach- oder Rechtsmangel? Wenn ein Grundstück nicht bebaut werden kann, so ist dieses gewiß ein Sachmangel; wenn aber die mangelnde Bebaubarkeit auf einer Rechtsvorschrift beruht, liegt dann nur noch Sachmangel oder Rechtsmangel vor? Es muß hier ein Doppeltes unterschieden und geprüft werden: ist für die Beurteilung der Frage, ob Rechts- oder Sachmangel, die Wirkung des mangelhaften Zustandes maßgebend, oder ist es die Mangelhaftigkeit selbst, die den Ausschlag gibt? Es gehört zu den sachlichen Voraussetzungen der Tauglichkeit eines Grundstückes, daß es bebaut werden kann (wo dieses nicht der Fall ist, wird es von vorneherein im Verkehr nicht als „Baugrundstück" angesehen), eines Schweines, daß es geschlachtet und das Fleisch genossen werden kann. Ist nun das Fehlen dieser Tauglichkeit ein Sachmangel, weil sie die Gebrauchsfähigkeit der Sache mindert, die im Verkehr von einer solchen Sache auf Grund ihrer physischen Eigenschaften erwartet wird? Wenn eine solche Sache mit einem

Pfandrechte oder einem Nießbrauche belastet ist, so wird ihre sachliche Tauglichkeit objektiv nicht dadurch gemindert. Hier liegen auch die Wirkungen wie die Ursachen der Mangelhaftigkeit auf rechtlichem Gebiet. Wenn aber diese Tauglichkeit objektiv fehlt, so kann das einerseits daher kommen, daß die physische Beschaffenheit der Sache den Mangel aufweist, andererseits daher, daß die rechtliche Lage der Sache, natürlich in Verbindung mit ihren tatsächlichen Verhältnissen, den der Sache eigentümlichen Gebrauch verhindern. Im ersteren Falle liegt zweifellos ein Sachmangel vor. Ein gesundes Schwein kann geschlachtet und sein Fleisch gegessen werden. Es ist aber möglich, daß auf Grund irgendeiner Quarantänevorschrift auch ein gesundes Schwein nicht geschlachtet und gegessen werden darf. Normalerweise kann ein Grundstück bebaut werden; es ist aber möglich, daß aus baupolizeilichen Gründen, oder z. B. im Bereiche einer Festung ein Grundstück nicht bebaut werden darf. Es fragt sich nun, ist eine solche Mangelhaftigkeit Sachmangel? Begründet der Umstand, daß von einer Sache objektiv nicht der ihren physischen Eigenschaften entsprechende und der hieraus folgende im Verkehr übliche Gebrauch gemacht werden kann, den Sachmangel, ohne Rücksicht auf seine Entstehung, so ist die mangelnde Bebaubarkeit dieses Grundstücks, die Unbrauchbarkeit des Schweines Sachmangel. Ist hingegen nur der physische Zustand der Sache ausschlaggebend, so liegt, da diese ja völlig unversehrt ist, kein Sachmangel vor, und es bleibt damit Rechtsmangel. Im gegenwärtigen Kriege hat diese Frage große Bedeutung gewonnen. Ein Lederhändler kauft, weil er seinerseits große Bestellungen seiner Kundschaft hat, bei einem Gerber einen Posten Leder. Als er das Leder im Hause hat, erfährt er, daß alle Ledervorräte seit 4 Wochen für die Heeresverwaltung beschlagnahmt sind. Ein Kartoffelhändler, der von seinem Lieferanten 1000 Ztr. Kartoffeln zum Preise von à 5 Mk. gekauft hat, erfährt, daß seit 3 Wochen für die Kartoffeln ein Höchstpreis von 3 Mk. festgesetzt ist, der am Tage nach der Lieferung in Wirksamkeit tritt. Auf den ersten Blick wird man kaum geneigt sein, die Mangelhaftigkeit als eine solche der Sache anzusehen, da ja das Bestehen einer Rechtsvorschrift diese Mangelhaftigkeit begründet und damit auf rechtlichen Boden verlegt. Der Wortlaut des § 459 läßt die Möglichkeit zu, daß auch eine solche Mangelhaftigkeit einer Sache, die durch Rechtssatz eine objektive Minderung der Gebrauchsfähigkeit, die im Verkehr von ihr erwartet wird, durch ihn erfaßt wird. Er macht die Minderung der Tauglichkeit zu dem gewöhnlich vorausgesetzten Gebrauche sogar zum Merkmal der Sachmangelhaftung und sagt keineswegs, daß diese Minderung in den physischen Eigenschaften der Sache begründet sein müsse. Zwar spricht § 459 Abs. 2 von Eigenschaften der Sache, und unschwer ist zu erkennen, daß hier physische Eigenschaften der Sache gemeint sind; allein, es handelt sich um zugesicherte Eigenschaften und nicht um solche, die der verkehrsmäßige Gebrauch der Sache normalerweise erfordert. So hat denn auch das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen die mangelnde Be-

baubarkeit eines Grundstücks infolge öffentlichrechtlicher Vorschrift als einen Sachmangel bezeichnet (Reichsgerichtsräte S. 470, 5 III; JW. Beilage S. 68). Andererseits jedoch wird der Unterschied, ob der Käufer durch eine öffentlich-rechtliche Vorschrift oder durch ein Privatrecht eingeschränkt sei, als ein formaler bezeichnet und für unerheblich gehalten (OLG. 1903 Bd. 4 S. 229; RG. in JZ. 1909 S. 479; Oertmann S. 328).

Man sage jedoch nicht, wie diese Entscheidung, § 434 sei unanwendbar, weil in einer solchen öffentlichen Rechtsvorschrift kein auf einem besonderen Titel beruhendes Recht eines „Dritten“ zu erblicken sei. Dem Gesetz kommt es auf das mangelhafte Recht und auf die Störung an, die der Käufer dadurch erleidet, nicht darauf, daß ein „Dritter“ der Berechtigte sein müsse. Außerdem läßt in der Folge § 436 erkennen, daß im Prinzip für öffentliche Abgaben und Lasten allgemein gehaftet werde, wenn er die Haftung für einen Einzelfall ausschließt. § 434 erfordert auch nicht, daß ein Dritter diese Rechte geltend mache, sondern daß ein Dritter sie geltend machen könne. Es handelt sich somit hier nur um eine genauere Bezeichnung derjenigen Rechte, von denen die Sache befreit werden muß, und zwar müssen diese Rechte objektiv geeignet sein, von einem Dritten geltend gemacht werden zu können; sie müssen auf den Käufer wirken können wie ein Privatrecht und müssen im Zivilprozeß klagbar sein. Beides ist aber bei den bezeichneten öffentlichen Lasten möglich.

Im alten deutschen Rechte (Rabel S. 182) war die Haftung für öffentliche Lasten ausgeschlossen; jedoch erhellt hieraus nicht, daß sie darum als Sachmängel angesprochen wurden. Hier sei an die oben (S. 4/5) geschilderte Entwicklungsrichtung erinnert, welche die Rechts- und Sachmängelhaftung gleichgestalten will. Die Keime dieser Entwicklungsrichtung mögen in dem Ausschluß der Haftung für öffentliche Lasten erblickt werden. Späterhin wurde dann sogar für Lasten und sogar für ausgesprochene Rechte nach Art der Sachmängel gehaftet (Rabel S. 259).

Im römischen Rechte war die Entscheidung hierüber sehr einfach, da die Voraussetzung der Rechtsmängelhaftung an den Tatbestand der Eviktion geknüpft war. Wenn nun zwar der Entwehrungsgrundsatz dem Verschaffungsprinzip gewichen ist, so kann doch der ihr zugrunde liegende Zweck als Ausgangspunkt für die Lösung der Frage angesehen werden. Der römische Käufer hatte das rem habere licere. Er durfte im Genuß der Sache durch außenstehende rechtliche Einflüsse nicht behindert werden. Dieser Gedanke betont das Einstehen des Verkäufers für das Nichteintreten einer Behinderung von außen. Wenn auch dieser Gesichtspunkt im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mit Worten ausgesprochen ist, und hierauf ist es zurückzuführen, daß in dieser Frage überhaupt ein Zweifel möglich ist, so enthält das Verschaffungsprinzip eigentlich diesen Gedanken in weit höherem Maße. Es wurde gezeigt, daß nach erfülltem Vertrage der Käufer unter allen Umständen Eigentümer sein muß. Damit hat er weit mehr als der römische Käufer immer haben konnte, und gegen fremde

Einflüsse von außen schützt ihn die negotoria actio und die rei vindicatio besser, als eine Evittionshaftung es je gekonnt hätte. Der Käufer muß nach dem Gesagten vom Verkäufer die volle, die Eigentümerherrschgewalt über die Sache erhalten, mit ihr zu schalten und walten, wie es ihn beliebt. Das ist der rechtliche Zustand nach erfülltem Vertrag. Wenn nun der Mangel ein solcher ist, der die Verfügungsmacht des Eigentümers über die Sache einschränkt, so berührt er das rechtliche Verhältnis des Käufers zu der Sache und ist darum ein Mangel, der das Recht des Käufers an die Sache betrifft, ein Mangel im Recht. Dem entspricht auch die Definition, die Schröder von den Sachmängeln gibt (bei Oertmann S. 365 Z. 4), indem sie die hier zur Erörterung stehenden Fälle ausscheidet (Zurückbleiben hinter der Normalbeschaffenheit; s. auch Staudinger S. 654 a; Planck S. 362 b β; anders Reichsgerichtsräte S. 470 Anm. 5). Man sieht, daß nicht die Wirkungen der Mangelhaftigkeit den Ausschlag geben können, sondern die Art des Mangels selbst. Ist eine mangelhafte Sache gekauft worden, so kann sich ja der Käufer mit dem tatsächlichen Mangel zufrieden geben; wenn er dann nicht in seiner Herrschergewalt beschränkt ist, so kann nicht gesagt werden, die Sache habe einen Rechtsmangel. Was würde es aber dem Käufer nützen, sich mit den tatsächlichen Mängeln abzufinden, wenn eben in seine Verfügungsberechtigung, in seine Rechtssphäre eingegriffen wird? In vielen Fällen, in denen eine Rechtsvorschrift die sachliche Tauglichkeit des Kaufgegenstandes behindert, wird Rechts- und Sachmangel miteinander konkurrieren, da die behindernden öffentlichrechtlichen Vorschriften meist eben für tatsächlich mangelhafte Sachen erlassen werden. Da aber eine solche Vorschrift nicht für einen Fall allein erlassen zu werden pflegt, so wird auch im einzelnen kein Konnex zwischen dem Einzelfall und der rechtlichen Beschränkung durch die Vorschrift bestehen. Die Beseitigung des Sachmangels hebt daher den Rechtsmangel der Vorschrift nicht auf, und umgekehrt gilt das gleiche. Hierbei werden durch Rücktritt und Schadensersatzanspruch sonstige Rechtsbehelfe konsumiert. Die Minderung läßt die Rechtsbehelfe wegen Rechtsmangel noch zu; bei der Wandelung ist ein Schadensersatzanspruch noch gerechtfertigt. War hinsichtlich des Rechtsmangels die Erfüllungsklage erfolgreich, so ist wegen Sachmangels Minderung noch zulässig.

Somit muß als Grundsatz noch festgehalten werden, nicht die Wirkungen der Mangelhaftigkeit sind für die Beurteilung, ob Rechts- oder Sachmangel maßgebend, sondern die Natur des Mangels selbst. Betrifft der Mangel die physische Beschaffenheit der Sache, so liegt ein Sachmangel vor, beruht die Mangelhaftigkeit auf einer Rechtsvorschrift, so handelt es sich um einen Mangel im Recht.

b) Kaufgegenstände.

α) Grundstücke.

Es ist aber nun die Frage, ob nicht eine solche öffentlichrechtliche Vorschrift, welche die Gebrauchsfähigkeit der Sache einschränkt, eine „Last“ im Sinne des § 436 sei. Trifft dieses zu, so ist der Verkäufer eines Grundstücks von der Haftung dafür befreit. In der Literatur besteht zwar eine Kontroverse darüber, ob die Erleichterung der Haftung auch für bewegliche Sachen Platz greife. Der recht unzweideutige Text läßt eigentlich nur eine geringe Hoffnung übrig, daß dieses möglich sei; denn man wird dem Gesetzgeber schon zutrauen dürfen, daß, wenn er von Grundstücken redet, er auch wirklich Grundstücke und nicht bewegliche Sachen meint; auch wird man nicht sagen wollen, der Gesetzgeber habe das Vorhandensein beweglicher Sachen übersehen, und dem § 436 käme nicht eine den Verkauf beweglicher Sachen ausscheidende Bedeutung zu. In solchen Fällen, wo die Billigkeit anders zu urteilen scheint als das Gesetz, sucht man sich gerne mit analoger Anwendung einer bequemen Rechtsnorm zu helfen. Aber mit diesen Grenzformen exakter Rechtsauslegung darf man nur äußerst vorsichtig umgehen. Die analoge Anwendung ist nur dann möglich, wenn der Gesetzgeber eine Verkehrserscheinung wirklich übersehen hat, ja beinahe gar nicht wissen konnte, und ist nur dann zulässig, wenn anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber bei Kenntnis dieser Verkehrserscheinung ihr die gleiche rechtliche Regelung hätte zuteil werden lassen. Solange wir in der Rechtsauslegung dem Gesetze unterworfen sind, kann die grundsätzliche Entlassung aus der Haftung für Abgaben und Lasten nur dem Grundstücksverkäufer zugute kommen. Was vermag gegenüber der Autorität des Gesetzes und dem deutlichen Inhalt des § 436 die Erwägung, dann habe ja der Hundeverkäufer die Steuern weiter zu bezahlen (Crome S. 433 Anm. 14). Wenn man nun meint (Dernburg S. 40 Note 7, Endemann § 980), der Grund für § 436 sei die öffentliche Kenntnis solcher Lasten, so ist dieser Gedanke zwar naheliegend, aber insofern wenig einleuchtend, alsdann ja § 436 überflüssig wäre und sein Tatbestand schon durch § 439 I umfaßt würde. Aus diesem Grunde scheint mir § 436 darüber hinaus gerade für solche Lasten zu sein, die nicht so unbedingt allgemein bekannt zu sein pflegen („öffentlich“ hat hier nicht den Sinn von „öffentlich bekannt“), da man doch annehmen muß, daß der Gesetzgeber dem § 436 einen bestimmten Zweck beimaß und auch den faktischen Unterschied zwischen Grundstück und beweglicher Sache wohl berücksichtigte. Daß für einen Hund Steuern zu zahlen sind, wird wohl jedermann bekannt sein. Wer kann aber wissen, ob auf einem Grundstück z. B. Patronatsabgaben oder öffentlichrechtliche Bohrgerechtsame lasten, oder ob es z. B. in der Nähe einer Festung nicht bebaut werden darf oder dergleichen. Das kann vor allem von einem am Orte des Grundstückes Fremden nicht zugemutet werden.

Außerdem scheint mir noch eine Erwägung erwähnenswert, die der unterschiedlichen Natur der Grundstücke und beweglichen Sachen gerecht wird. Diese einschränkenden Rechtsvorschriften pflegen gewöhnlich örtlichen Charakters zu sein. Nun ist es leicht möglich, eine bewegliche Sache aus dem Geltungsbereich eines solchen Ortsstatutes zu entfernen; so kann ein Hund an einen Ort gebracht werden, wo keine oder wenige Steuern zu bezahlen sind; ein Stück Schlachtvieh kann aus dem Geltungsbereich eines Schlachtverbotes gebracht werden. Bei so verschiedener Lage ist wohl erklärlich, daß Grundstück und bewegliche Sache rechtlich verschieden behandelt werden. Der Verkäufer eines Grundstückes würde gegenüber dem Käufer schlechter gestellt sein als der Verkäufer einer beweglichen Sache, da bei Nichtbestehen des § 436 er öfter haften müßte, weil 1. er öfter mit einem nicht orientierten Käufer zu tun haben wird, und 2. eine Verringerung seiner Haftung durch Entfernung der Kaufsache aus dem Geltungsbereich des behindernden Statutes unmöglich ist. § 436 verschiebt nun für den Grundstückskauf die schlechtere Lage auf den Käufer. Dieser hat nun ein größeres Interesse daran, sich über die rechtliche Lage des Grundstücks zeitig zu orientieren. Bewegliche Sachen pflegen mit öffentlichen Lasten weit weniger belastet zu sein, und wenn dieses der Fall ist, so sind Abgaben und Lasten weit allgemeinerer Natur, so daß man hier von öffentlich bekannten Lasten und Abgaben sprechen kann, und die Fiktion der Kenntnis jedes beliebigen Käufers hier gerechtfertigt und eine besondere Vorschrift überflüssig erscheint. Man wird darum bei beweglichen Sachen im allgemeinen die Haftung für die besprochenen Mängel nicht eintreten lassen; jedoch tritt dieser Wegfall nicht grundsätzlich ein. Diese Auffassung ist um so wahrscheinlicher, als § 436 nur solche Lasten im Auge hat, die sich zur Eintragung ins Grundbuch nicht eignen.

Der Begriff „Last", „belastet sein" gehört der Terminologie des Sachenrechtes an (§§ 1018, 1191, 1208). Er wird hier gebraucht in bezug auf Grundstücke und bewegliche Sachen, er wird für alle dinglichen Rechte mit Ausnahme des Eigentums gebraucht. Eine Sache ist mit einem Nießbrauch, einem Pfandrecht belastet; sie ist nicht mit dem Eigentum belastet; vielmehr wird das Eigentum durch die Last betroffen und eingeschränkt. Somit kann jedes dingliche Recht an einer Sache, durch welches das Eigentum eingeschränkt wird, eine Last sein; jedoch wird der Begriff insofern weiter zu fassen sein, als eine Last nicht notwendig den im Bürgerlichen Gesetzbuche aufgezählten dinglichen Rechten angehören muß. Die Vorstellung der Last entspringt nicht der Auffassung der aus dem dinglichen Rechte Berechtigten, sondern der Anschauung des Belasteten, der die Last als lästig empfindet. Darnach ist jede rechtliche Einschränkung des Eigentums an einer Sache, die in der Wirkung einem dinglichen Rechte ähnelt, eine Last. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß, obwohl der Begriff „Last" im Gesetz eine autoritative Erklärung nicht gefunden hat, er ein technischer Begriff geworden ist. Man versteht

darunter „Leistungen, die aus der Sache zu gewähren sind". Diese engere Vorstellung wird aus §§ 103 u. 995 hergeleitet. Der wirtschaftliche Zweck jeder Belastung besteht in einer Leistung, die in einem kausalen Konnex zur Sache steht, diese braucht, wie § 103 zeigt, keine regelmäßig wiederkehrende zu sein. Beim Pfandrecht ist die einmalige Befriedigung auch eine Leistung aus der Sache; bei Dienstbarkeiten ist die Duldung die Leistung, welche in dem Unterlassen der Verhinderung besteht. Die Erklärung: Lasten seien aus der Sache zu gewährende Leistungen, faßt die rechtliche Wirkung ins Auge. Diese ist aber von der Ursache der Rechtseinrichtung, um derentwillen die Leistungen zu gewähren sind, gar nicht zu trennen; denn um der Wirkung willen wurde die Rechtseinrichtung geschaffen. Es ist darum nicht richtig, beide zu trennen, was dann wohl berechtigt wäre, wenn es eine Belastung gäbe, deren Zweck nicht in einer Leistung aus der Sache bestände. Es soll dagegen nicht verkannt werden, daß es praktischer sein mag, das Hauptaugenmerk auf die Leistung als den wirtschaftlichen Zweck zu richten.

In diesem Sinne ist eine Baubeschränkung auch eine Last, die dem Eigentümer obliegt, da er pflichtmäßig das Bebauen unterlassen muß, und gemäß § 241 auch als eine Leistung, und zwar als eine Leistung aus dem Grundstück anzusehen, da sie im Rahmen normaler Bewirtschaftung die Erträgnisse des Grundstücks beeinträchtigt. In der angeführten Entscheidung (RG. Bd. 66 S. 316) war ein Grundstück „mit allen Rechten und Lasten verkauft" worden. Das Reichsgericht vertritt den Standpunkt, daß unter Lasten in diesem Zusammenhange nur wiederkehrende Leistungen aus den Grundstücken zu verstehen seien, daß somit Dienstbarkeiten nicht darunter begriffen seien. Diese Entscheidung mag ja im Einzelfall das Richtige treffen, jedoch ist eine Verallgemeinerung nicht ratsam. Die Redewendung mit „Lasten und Rechten" ist so allgemein im Gebrauch, daß es sich verlohnt, ihre rechtliche Bedeutung festzulegen. Man muß beachten, daß nicht der Jurist, sondern der rechtlichen Denkens ungeschulte Laie, der den Unterschied zwischen jenen weiteren Lasten und den aus der Sache zu gewährenden Leistungen nicht kennt, seine Absicht in diese Worte kleidet. Seiner Willenserklärung darf auch das Bewußtsein dieser Unterscheidung nicht unterlegt werden. Die Gegenüberstellungen von Lasten einerseits und Rechten andererseits läßt erkennen, daß man sich unter Lasten etwa das Gegenteil von Rechten vorstellt. Der unbefangene Laienverstand, der bei Rechten an jede Art rechtlicher Vergünstigung denkt, stellt sich unter Lasten jegliche Art rechtlicher Benachteiligung vor. Jedenfalls will der Kontrahent hier zwischen Vorzügen und Nachteilen abwägen und der Art nach in dem gleichen Maße bevorzugt sein, wie er benachteiligt ist. In der Ausdrucksweise des Laien würde es etwa lauten: mit allen „Vorzügen und Nachteilen", oder mit allem „Drum und Dran". Darum ist bei der erwähnten Entscheidung die Auffassung der Berufungsinstanz richtig, die den Worten „Mit allen Rechten und Lasten" den Sinn unter-

legt, daß der Käufer das Grundstück so erwerben wolle, wie es der Verkäufer in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gerade selbst hat.

Welche Lasten als öffentliche anzusehen sind, richtet sich nach Landesrecht. Öffentlich in diesem Zusammenhang bedeutet nicht notwendig öffentlichrechtlich (Staudinger S. 591, 1; s. hierzu auch OLG. Bd. 12 S. 52). Die in Rede stehenden Beschränkungen des käuferischen Eigentums öffentlichrechtlicher Natur sind jedoch uneingeschränkt hierher zu zählen, insbesondere auch Bauschränkungen (Staudinger § 591; Planck zu § 436; Oertmann zu § 436, 2). Eine ausführliche Aufzählung solcher Lasten gibt Staudinger, auf die hier verwiesen wird.

Da infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuches Falscheintragungen, die, falls sie zu Recht beständen, das gekaufte Grundstück belasten würden, zum Nachteile des Käufers wirken können, so hat der Käufer diese auf seine Kosten löschen zu lassen. Das gleiche gilt in bezug auf das Schiffsregister.

β) Rechte.

Der Verkäufer einer Forderung haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung (§ 437). Diese Haftungspflicht erweitert die gewöhnliche Leistungspflicht nach Inhalt und Umfang. Die Leistungspflicht geht nur auf verschaffen (§ 433 II). Dagegen geht die Haftungspflicht für den „rechtlichen Bestand" auf ein Doppeltes. Erstlich besteht sie in einer Garantie für das tatsächliche Bestehen der Forderung, sodann in einer Garantie für die rechtliche Unversehrtheit der Forderung. Es wurde schon gesagt (S. 16), daß es wohl denkbar ist, daß ein noch nicht bestehendes Recht verkauft wird. Der Verkäufer hat dann, wie gezeigt, das Recht in der Person des Käufers erstehen zu lassen, und es ihm auf diese Weise zu verschaffen. Wird aber das Recht nicht verschafft, so würde bei fehlender Garantiepflicht § 306 den Verkäufer befreien, da die Verschaffung eines nicht existierenden Rechtes bei der persönlichen Natur jedes Rechtes dann objektiv unmöglich ist, wenn es der Verkäufer nicht verschaffen konnte. Der Verkäufer würde hier dann nur das negative Vertragsinteresse zu leisten haben. § 437 legt ihm aber gerade die Haftung für den Bestand der Forderung auf. Er haftet bedingungslos für die rechtliche Realisierbarkeit der Forderung (Staudinger § 593), so auch die herrschenden Meinung (Oertmann S. 330; Planck S. 338; Reichsgerichtsräte S. 452, 1; (Erbse S. 730). Jedoch lassen die Reichsgerichtsräte eine Ausnahme für diejenigen Rechte eintreten, deren Entstehen schlechthin unmöglich ist, ebenso Erbse S. 30. Diese Entscheidung ist gerechtfertigt, weil man sich für sie auf § 439 I berufen kann, da der Umstand, daß ein Recht gar nicht bestehen kann, von so elementarer Bedeutung für den Käufer ist, daß man ihm diese Kenntnis zutrauen darf. Hier gelten §§ 306, 307 Satz 2. Der Fall des gutgläubigen Erwerbers ist ein Sonderfall, der wohl nicht

als Ausnahme von § 437 zu bezeichnen ist, wie Reichsgerichtsräte S. 452 meint. Dieses geht schon deshalb nicht, weil ja, wie Reichsgerichtsräte selbst sagt, der Verkäufer hier seiner Verschaffungspflicht genügt hat.

Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man mit Erbse S. 30 für diese schärfere Haftung der Verkäufer eines Rechtes als Grund die mangelnde Erkennbarkeit eines Rechtes der Sache gegenüber anführt; jedoch soll hier auch gerade auf die Haftung des Verkäufers eines nicht bestehenden Rechtes hingewiesen werden. Wenn eine nicht bestehende Sache als bestehend verkauft wird, so greift § 306 Platz. Wurde sie aber als nicht bestehende Sache verkauft, so handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag, eine Unterart des Kaufes. Wenn nun eine nicht bestehende Sache als bestehend verkauft wurde und bis zur Lieferung die Sache hergestellt wird, so würde dieser Fall in seinen Rechtswirkungen auf den Werklieferungsvertrag hinauslaufen. Das Verschaffungsprinzip verpflichtet den Verkäufer, Eigentum an der versprochenen Sache zu verschaffen; darum muß er alles tun, daß der Käufer Eigentümer werde. Daraus geht hervor, daß er für das Bestehen der Sache zwar nicht beim Kaufabschluß, wohl aber zur Zeit der Lieferung haftet. Ist die Herstellung unmöglich, so liegt doloser Vertragsabschluß vor. Beim Verkaufe eines Rechts gibt es keinen Werklieferungsvertrag, und doch wird ein noch nicht bestehendes Recht, das aber entstehen wird, veräußerbar sein. Gewißlich wird im Verkehr diese Art von Geschäft oft vorkommen und ist auch nach § 308 zulässig. Es dient der Sicherheit des Verkehrs, daß hier der Verkäufer in besonders hohem Maße haftet. Wenn man dieses berücksichtigt, so wird man den Zeitpunkt der Haftung in diesem Falle sich nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses beziehen lassen, sondern auf den Erfüllungstermin. Wenn ein solcher nicht festgelegt ist, so wird der aus § 437 klagende Käufer geltend machen müssen, daß die Entstehung und damit Erfüllung nicht mehr zu erwarten ist. Wenn die herrschende Lehre (Planck, Oertmann, Staudinger) den Vertragsschluß als den maßgebenden Zeitpunkt für das Bestehen des Rechtes ansieht, so hat dafür der Gedanke zugrunde gelegen, daß ein verkauftes, bestehendes Recht bis zur Erfüllung untergehen könne. Dieser Sachverhalt würde bei Sachkauf (und § 451) unter die Regeln der Gefahrtragung fallen. Da nicht einzusehen ist, warum den Verkäufer eines Rechtes der zufällige Untergang schwerer treffen soll als den Verkäufer einer Sache, der ja nur die Gefahr trägt und nicht haftet, so tritt nach herrschender Lehre hier die milde Haftung nach §§ 275, 323 ff. ein (so Staudinger, Planck, Oertmann, Düringer-Hachenburg).

Außerdem haftet der Verkäufer noch für die rechtliche Unversehrtheit des Rechtes. Diese besteht darin, daß das Recht nicht mit rechtlichen Mängeln behaftet ist. Als solche kommen in Betracht nicht nur alle Pfand- und Nießbrauchsrechte, sondern auch Anfechtungs- und Aufrechnungsmöglichkeiten und Einreden. Jedoch tritt die Haftung für die letztbezeichneten

Rechte erst mit deren Geltendmachung ein, da durch das bloße Bestehen dieser Behinderungsmöglichkeiten das verkaufte Recht in seinem Bestande noch nicht berührt wird (Crome S. 434).

Der Verkäufer einer Forderung haftet nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, doch kann diese Haftung übernommen werden. Steht der Verkäufer für Zahlungsfähigkeit ein, so ist die Übertragung der maßgebende Zeitpunkt, doch kann die Parteiabmachung Änderungen eintreten lassen. Durch die Garantieübernahme will der Verkäufer nicht den Schuldner entlasten, er will auch nicht sich selbst belasten, sondern nur dafür einstehen, daß die übertragene Forderung gut sei. Darum kommt Bürgenhaftung als solche für ihn nicht in Frage. Weil der Bürge allgemein den Schuldner decken will und die Schuld des Schuldners bezahlen will, will der Verkäufer durch Übernahme der Gefahr das Vertrauen zu seinem Verkaufsgegenstande bekräftigen. Das zeigt schon der Umstand, daß er im Zweifel nur für den Zeitpunkt der Übertragung haftet, nicht aber schlechthin. Jedoch ist die Lage des Verkäufers hier der des Bürgen sehr ähnlich. Es entspricht daher der Billigkeit, daß Bürgschaftsgrundsätze analog zur Anwendung kommen, soweit die besondere Form des § 766 erfüllt ist (Würzburger a. a. O.; Hagemann a. a. O.). Die Garantieübernahme entspricht der Haftung für zugesicherte Eigenschaften und ist auch analog dieser zu behandeln (Würzburger). Ist über ein Recht ein Papier ausgestellt, so ist das Recht durch das Papier verdinglicht worden, es ist mit einer Sache eng verbunden worden. An diesen Umstand schließt sich die Streitfrage, ob die Mängel eines solchen Papiers nicht als Sachmängel zu betrachten sind. Alle Mängel eines solchen Rechts gehören ja einer rechtlichen Sphäre an; andererseits betreffen aber diese Fehler die äußerere Beschaffenheit der verkauften Sache. Es kann wohl nicht bestritten werden, daß solche Mängel, die sich auf das körperliche Papier, auf die Urkunde beziehen, als Sachmängel angesehen werden. Es steht auch außer allem Zweifel, daß auf nicht verbriefte Rechte nie die Haftung für Sachmängel Anwendung findet. Es darf nun nicht übersehen werden, daß beim Wertpapier das Recht das Wesentliche ist, während das Papier nur Mittel zum Zweck sein kann. Es handelt sich daher auch beim Verkauf eines Wertpapiers lediglich um den Verkauf eines Rechtes. Daß das Gesetz die Rechtsmängelhaftung auch auf den Verkauf der Wertpapiere angewendet wissen will, läßt sich aus § 437 II ohne Zwang schließen (Düringer-Hachenburg).

Der Verlust des Papieres ist für den Rechtsverkauf typischer Mangel. Ein solches Papier wird im Aufgebotsverfahren für kraftlos erklärt. Bis zur Kraftloserklärung behält das Papier zwar seine Gültigkeit, jedoch ist der Käufer durch die drohende Kraftloserklärung gefährdet; darum hat der Verkäufer auch für die Unversehrtheit in dieser Hinsicht zu haften.

c) Die rechtlichen Mängel. (Behindernde Rechte.)

Der Verkäufer hat frei von Rechten Dritter zu verschaffen, die gegen den Käufer wirken können. Das Verschaffungsprinzip setzt voraus, daß der Käufer Eigentümer geworden ist. Die Rechte Dritter sind solche Rechte, die gegen das Eigentum des Käufers geltend gemacht werden können. Der Eigentümer selbst kann es daher nicht wohl sein; denn wenn ihm das Eigentum verschafft werden soll und § 434 von dem verschafften Gegenstande spricht, so ist beim Verkauf einer Sache das Eigentum an der Sache auch in § 434 damit gemeint. Ist aber der Käufer Eigentümer, so kann ein Dritter nicht Eigentümer sein. Die römische Evictionslehre beruhte in erster Linie auf der Entwehrung des dritten Eigentümers. Zur Entwehrung würden außer dem Eigentume höchstens noch Rechte, die zum Besitz der Sache berechtigten, befähigt sein. Obligatorische Rechte konnten gar nicht in Betracht kommen (nach heutigem Rechte die Miete). Darüber hinaus gab es überhaupt keine Haftung für Rechtsmängel.

Das Eigentum des Käufers an der Sache kann durch das Eigentum eines Dritten nur in der Form des Miteigentums beschränkt werden. Da, wenn nicht nur ein Anteil verkauft wurde, der Käufer Anspruch auf das volle, uneingeschränkte Eigentum hat, so ist das Miteigentum ein Recht, das gegen den Käufer geltend gemacht werden kann. Der Verkäufer hat deshalb die Sache von Anteilen Dritter zu befreien. Man könnte, wie oben schon angedeutet (S. 15), behaupten, ein Anteil sei eine ganz andere Sache als die Sache selbst, und die Lieferung eines Anteils sei daher überhaupt keine Erfüllung; allein hier wird es auf den Umfang des Anteils ankommen. Das Gesetz verlangt die Verschaffung des Eigentums, und Miteigentum ist schließlich auch Eigentum. Wenn nun der Käufer zu neun Zehntel Eigentümer geworden ist, so wird man wohl sagen können, wegen des fehlenden Zehntel hafte der Verkäufer nach § 434. Ist dagegen der Käufer nur zu einem Zehntel Eigentümer geworden, so wird man mit Recht annehmen, daß dieser Anteil etwas anderes sei als die geschuldete Sache und den Kauf für unerfüllt halten.

In erster Linie kommen als störende Rechte alle dinglichen Rechte in Betracht, die der Kaufsache anhaften können, da sie das Eigentum am empfindlichsten einschränken (s. dazu Giesbert a. a. O.). Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann es zweifelhaft sein, ob auch andere als dingliche Rechte in § 434 gemeint sind (Goldmann-Lilienthal S. 486 Anm. 7). Es heißt, „die Sache habe frei von Rechten“ zu sein. Goldmann-Lilienthal meint, dieser Passus könne auch durch die Worte „nicht mit Rechten belastet“ ausgedrückt werden. Hiernach würde die Kaufsache nur von dinglichen Rechten frei sein müssen, da, wie schon gesagt, der Ausdruck „belastet sein“ der Terminologie des Sachenrechts an-

gehört. Das entspricht jedoch nicht dem Sinne des § 434, der dem Käufer, der ja das Eigentum erlangt hat, auch die unbedingte Herrschgewalt des Eigentümers sichern will. Das Eigentum kann aber auch durch andere Rechte als nur dingliche eingeschränkt werden. Diese Einschränkungen will § 434 auch beseitigen. Goldmann-Lilienthal glaubt aber nicht, daß aus den Worten, die Sache müsse frei von Rechten sein, herzuleiten sei, daß tatsächlich nur Rechte an der Sache gemeint seien. Die Entstehungsgeschichte des § 434, insbesondere die Fassung des 1. Entwurfs, der begehrt, daß auch nicht sonstige Rechte in bezug auf die Sache bestehen, zeigt, daß auch das Gesetz diese Beschränkung auf die dinglichen Rechte nicht beabsichtigt (s. Mot. Bd. 1 S. 655; ebenso Planck S. 336; Oertmann S. 327, 328; Reichsgerichtsräte S. 450). Doch müssen sich diese Rechte, wenn auch obligatorischer Natur, gegen den jeweiligen Eigentümer richten. Nach heutigem Recht bricht Kauf nicht Miete; so haftet der Verkäufer dafür, daß nicht Miet- und Pachtansprüche auf die Sache bestehen. Überhaupt dürfen alle Besitz- und Nutzungsrechte nicht bestehen; insbesondere gehören auch alle Veräußerungsbeschränkungen hierher, gleich ob öffentlich- oder privatrechtlich. Das obligatorische Verkaufsrecht gehört ja doch nicht hierher, da es durch den erfüllten Kauf, das verschaffte Eigentum konsumiert ist (Reichsgerichtsräte S. 450), es sei denn, daß die Anzeigepflicht (§ 510) versäumt ist. Ebenso haftet der Verkäufer für das Nichtbestehen von Patent-, Urheber-, Verlags- und Musterschutzrechten. Es kommen sogar höchstpersönliche Rechte in Betracht. Schon einmal war vom Rechte am eigenen Bilde die Rede. Der Gemäldehändler, der ein Porträtgemälde verkauft, haftet dafür, daß nicht in Ansehung des Gemäldes ein Dritter sich auf sein Recht am eigenen Bilde berufen kann.

Es wurde schon erörtert (S. 22 f.), daß die Beschränkung des Käufers durch öffentlichrechtliche Vorschrift nicht Sach-, sondern Rechtsmangel sei (anders Staudinger S. 588 3 3 e). Auch diese rechtlichen Beschränkungen des Käufers fallen unter § 434, sofern nur ihre Rechtswirkungen objektiv die Folgen einer konkreten Berechtigung eines Dritten, also auch des Fiskus, sein könnten. Darauf, daß ein bestimmter Dritter vorhanden ist, kommt es im einzelnen nicht an, sondern darauf, daß ein Recht an der Sache besteht. Bei der Eviktion des römischen Rechts kam es freilich auch auf den Berechtigten und die Art, wie er sein Recht geltend machte, an; aber dadurch unterscheidet sich die heutige Gewährleistung von der römischen, daß das Recht selbst, weniger seine Geltendmachung durch den Berechtigten, den Grund der Haftung bildet. So gehören hierher Veräußerungsbeschränkungen, Schlachtverbote, Höchstpreise, Beschlagnahme, Ausschließung gewisser Rechte wie Kündigungsrecht und gewillkürter Gebrauch einer Sache, Baubeschränkungen u. dergl. Die einzige Ausschlußmöglichkeit eines solchen Rechtes bietet § 439 und kommt nur dann in Betracht, wenn diese rechtliche Beschränkung für jede andere Sache derselben Gattung auch gilt. So haftet z. B. der Verkäufer eines Automobils

oder eines Pferdes nicht dafür, daß das Automobil oder das Pferd zur Mobilmachung nicht gestellungspflichtig sei, der Verkäufer eines Grundstücks nicht für die Steuerfreiheit oder der Freiheit von Nachbarrechten (Fensterrecht), die jedes Grundstück aufweist. Hat aber die rechtliche Beschränkung einen speziellen Charakter, so daß nur das verkaufte Grundstück betroffen wird, während andere frei sind, wie das z. B. bei mangelnder Bebaubarkeit eines Grundstücks, beim Schlachtverbot eines Tieres der Fall ist, so kann nicht mit Zuverlässigkeit auf die öffentliche Kenntnis der einschränkenden Vorschrift gerechnet werden und die Haftung tritt ein.

d) Der berechtigte Dritte.

Es wurde schon gesagt (S. 33), daß der Dritte nicht eine bestimmte Person zu sein braucht, und daß die Worte „die von Dritten geltend gemacht werden können“ nur die Art der Rechte bezeichnen wollen, für deren Beseitigung der Verkäufer ein Zustehen hat. Jedoch entspricht jedem Recht ein Subjekt, einem Berechtigten, hinsichtlich dessen Sonderfälle eintreten können. Daß die Staatsgewalt als Vertreterin der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als „Dritte“ im Sinne von § 434 auftreten kann, wurde schon gezeigt. Wie ist es aber, wenn dem Käufer selbst ein Recht an der Sache zusteht. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte S. 451 äußert sich zu dieser Frage dahin, daß auch die Sache von eigenen Rechten des Käufers frei sein müsse. Derselben Ansicht ist Oertmann, indem er darauf hinweist, daß der Käufer, obwohl er Kontrahent sei, in diesem Zusammenhange als „Dritter“ bezeichnet werden müsse, da sein schon bestehendes Recht an der Kaufsache in keinem Zusammenhange mit dem Kaufvertrage stehe. M. E. kommt es darauf, ob der Käufer „Dritter“ sei, in diesem Zusammenhange nicht an. § 434 will die Leistungspflicht des Verkäufers näher bezeichnen; darum liegt auch der Schwerpunkt dieser Bestimmung in der Kennzeichnung der Leistung und ihrer rechtlichen Mängel. So kommt es hier darauf an, ob die Leistung des Verkäufers in rechtlicher Hinsicht eine mangelhafte war. Der Mangel liegt darin, daß an der Kaufsache Rechte bestehen, die objektiv von einem Dritten geltend gemacht werden können. Unter 1 zu § 434 sagt Oertmann sehr zutreffend, daß eine bloße tatsächliche Nichtgeltendmachung des Dritten nicht genügt, um den Verkäufer zu befreien; so ist auch unerheblich, wenn das Recht deshalb nicht geltend gemacht wird, weil der Käufer selbst der Berechtigte ist. Wenn aber Oertmann daraus schließen will, daß nicht die absolute Lastenfreiheit von § 434 erfordert wird, sondern nur ein Zustand, der es dem Drittberechtigten unmöglich mache, sein Recht zu gebrauchen, so erscheint das doch unhaltbar. Wo ein Recht ist, kann es auch gebraucht werden; das ist der Sinn des Rechtsbegriffs. Es gibt nur die Ausnahme der naturalis obligatio. Wie sollte aber der Fall liegen, der ein Recht im Sinne von § 434 aufwiese, das nicht verfolgbar wäre? § 434 redet davon, daß die Sache „frei“ von Rechten sein soll;

er denkt dabei gewiß an wirkliche Freiheit von Rechten, nicht daran, daß die Rechte nur nicht verfolgbar sind. Wenn aber § 434 die in Rede stehende Einschränkung macht, so tut er das in richtiger Würdigung des Umstandes, daß eine Sache so absolut frei von Rechten gar nicht sein kann, und daß jede Sache der Rechtsordnung unterworfen ist und damit ein Komplex von Rechtssätzen auf sie Anwendung findet, und sei es kein anderes als das Okkupationsrecht für eine herrenlose Sache, oder die Territorialhoheit des Staates an den Sachen seines Gebietes.

Hierbei kann es sich natürlich nur um den Fall handeln, daß der Käufer über sein Recht im Irrtum ist; wäre er das nicht, so käme § 439 zur Anwendung. Außerdem ist praktisch der Fall nicht denkbar, daß einer bewußtermaßen seine eigene Sache oder sein eigenes Recht kaufen würde. Wenn nun der Irrtum entdeckt würde und der Verkäufer sollte nun die Kaufsache vom Rechte des Käufers befreien, wie sollte das geschehen? Er müßte dem Käufer das Recht abkaufen, um es ihm neu zu verschaffen; das würde im Erfolg nur auf eine Preisminderung hinauskommen. Wenn der Verkäufer sich hierzu nicht bereit fände, so würde die Klage der aus § 440 III entsprechen.

Daß dem Verkäufer ein Recht im Sinne des § 434 an der Kaufsache zustehe, ist nur in dem einen Falle der Eigentümergrundschuld denkbar. Wenn der Verkäufer eine fremde Sache verkaufte, an der ihm ein Recht zustand, so wird mit der lastenfreien Verschaffung des Eigentums an der Sache er auch sein Recht an den Käufer aufzulassen haben. So steht auch die Eigentümerhypothek ohne weiteres dem Käufer zu.

Endlich kann eine Eigentumsbeschränkung, die auch für den Käufer wirksam ist, durch Testament in Form bedingter Erbfolge oder bedingten Vermächtnisses erfolgt sein, indem die auferlegte Bedingung in die rechtliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers eingreift. Hier ist eigentlich der Erblasser der Drittberechtigte; doch kann man sich ihn ersetzt denken hinsichtlich des Vermächtnisnehmers durch den Erben, hinsichtlich des Erben durch denjenigen, der bei Nichterfüllung der Bedingung zur Erbschaft berufen wäre. Auch für die Freiheit des Kaufgegenstandes von solchen Beschränkungen haftet der Verkäufer.

6. a) Wegfall der Haftung.

Schon mehrfach im Laufe der Arbeit wurde auf § 439 als Unterlage für den Wegfall der Verkäuferhaftung hingewiesen. Die Voraussetzung des Wegfalles der Haftung ist die Kenntnis des Fehlers seitens des Käufers. Diese Regelung entspricht der vernünftigen Würdigung des Umstandes, daß bei Kenntnis des Fehlers der Käufer seine Entschlüsse darnach einrichten kann und besonders bei Festsetzung der Vertragsbedingungen berücksichtigen kann. Man braucht die Entscheidung des § 439 nicht rechtlich zu motivieren, weil der Haftungsausfall eben durch Gesetz eintritt;

zumal ist der Gedanke, es liege bei Kenntnis des Fehlers ein Verzicht des Käufers vor, von der Hand zu weisen, da dem Käufer der Mangel und entsprechend der Ausfall der Haftung sehr unangenehm sein mag und der Verzicht ein besonderer Haftungsausfallgrund ist. Wenn man aber den Ausfall der Haftung auf den Verzicht aufbauen will (Motive Bd. 2 S. 215), so wird man anerkennen müssen, daß dieser Verzicht wenig willkürlich dem Käufer durch die Lage der Umstände aufgezwungen ist, wenn er nicht ganz auf den Kauf verzichten kann. Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Kenntnis zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden haben muß, zu einer Zeit also, wo der Käufer noch die Schritte unternehmen konnte, die sein Interesse erforderte, um den aus dem Mangel für ihn drohenden Schaden abzuwenden. Die Abnahme der Sache trotz Kenntnis des Mangels schadet nicht, da die Geltendmachung des Mangels bei Rechtsmängeln an keine Frist gebunden ist und nur ein Verzicht auf die Rüge den Käufer von der Haftung befreien könnte (RG. in JW. 1906 S. 10). Wenn aber der Käufer zur Zeit des Vertragsschlusses den Mangel noch nicht, wohl aber zur Zeit der Lieferung kennt und die Sache trotzdem abnimmt, so ist nach Oertmanns Meinung hierin ein Verzicht zu erblicken. Desgleichen ist ersichtlich, daß es nicht darauf ankommen kann, ob die Kenntnis des Käufers vom Verkäufer herrührt, oder ob der Käufer schuldhaft den Irrtum nicht kannte (RG. Bd. 52 S. 167, JW. 1906 S. 10). Die Haftung des Verkäufers soll nicht für diesen eine Erschwerung sein, sondern soll den Ausgleich herbeiführen in dem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das durch die minderwertige Leistung des Verkäufers herbeigeführt war. Darum genügt es, wenn dem Käufer der Mangel bekannt war, woher auch immer die Kenntnis kommen mochte. Endlich erhellt daraus, daß nur wirkliche Kenntnis die Haftung für den Mangel ausschließt. Der Verkäufer kann sich nicht auf eine fahrlässige Unkenntnis des Käufers berufen; seine Kenntnis mußte so sein, daß er auf Grund dieser Kenntnis in der Lage war, allen aus dem Mangel für ihn resultierenden Nachteilen zu begegnen; er mußte also den ganzen Umfang des Mangels kennen, und zwar in seiner tatsächlichen Gestalt. Jedoch ist nicht erforderlich, daß er auch alle Folgen des Mangels kannte. Die Abschätzung der Tragweite eines Umstandes ist eine so persönliche Sache, daß sie nicht zu ungunsten eines Vertragsgegners ins Gewicht fallen kann (RG. Bd. 52 S. 167).

Wie verhält sich nun § 439 zu § 444? Nach § 444 ist der Verkäufer verpflichtet, den Käufer über die rechtlichen Verhältnisse der Sache zu unterrichten. Damit müßte er ja die nach § 439 erforderte Kenntnis ein- für allemal haben. Dieses trifft jedoch nicht zu, da § 444 eine Vertragsverbindlichkeit enthält, während die Kenntnis im Augenblicke des Vertragsschlusses bestehen muß. Die Haftung wird somit durch § 444 nicht berührt.

Wie aber gestaltet sich die Haftung, wenn eine notorisch fremde Sache verkauft wurde und die Eigentumsverschaffung nicht gelang? Hier wußte ja der Käufer, daß die verkaufte Sache dem Verkäufer eine fremde war. Es wurde aber schon darauf hingewiesen, daß die Nichtverschaffung des Eigentums begrifflich nicht von der Haftung für Rechtsmängel erfaßt wird; sie ist Nichterfüllung des ganzen Vertrages. Da aber ein Vertrag wohl kaum geschlossen wird, um nicht erfüllt zu werden, so geht es nicht an, hier § 439 zur Anwendung zu bringen. Aus demselben Gedankengange heraus wird man auch nicht einen grundsätzlichen Verzicht auf die Haftung annehmen; das würde einen Verzicht auf die Erfüllung des Vertrages bedeuten, und die Haftung ist keineswegs ausgeschlossen, wenn das Eigentum etwa nur mangelhaft (mit rechtlichen Mängeln) verschafft wäre. Hier handelt es sich aber um das Eigentum selbst; darum haftet der Verkäufer nicht, sondern hat zu erfüllen; denn gerade auf diese besondere Haftung geht der Vertrag; denn wenn dem Käufer das Eigentum verschafft werden soll, so ist Voraussetzung, daß das fremde Eigentum untergehe. Es ist keineswegs erforderlich, in dieser Verpflichtung einen gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrag zu sehen; das wäre nur dann der Fall, wenn dem Dritten das Eigentum gegen seinen Willen entwunden werden sollte. Das wird aber wohl nur in den seltensten Fällen beabsichtigt sein, während solche Geschäfte sehr oft vorkommen; im Handelsverkehr, zumal im Börsenverkehr, sind sie geradezu die Regel.

In einzelnen Fällen wird die Kenntnis eines Mangels fiktiv angenommen, so in dem besprochenen Fall öffentlichrechtlicher Einschränkung durch Steuer und andere allgemeine Lasten; ebenso in allen Fällen, wo die Beschränkung des Rechts des Käufers auf Gesetz beruht; so muß jeder Grundstückskäufer die nachbarlichen Bestimmungen, z. B. Fensterrecht, Überbau und Notweg gegen sich gelten lassen. Die Kenntnis des Käufers braucht sich hier nur auf die tatsächlichen Umstände zu beziehen, die gesetzlich die Beschränkung zur Folge haben (OLG. VIII S. 62). Aus demselben Grunde haftet der Verkäufer einer Hypothek nicht, wenn der Käufer das Nichtbestehen der akzessorischen Forderung kennt.

Eine Ausnahme von dieser Regel enthält § 439 II, daß Hypotheken-, Grund- oder Rentenschulden, sowie Vormerkungen zur Sicherung dieser Rechte immer, auch bei Kenntnis des Verkäufers, zu beseitigen sind. In der Regel jedoch werden Grundstücke „mit allen Rechten und Lasten" verkauft. Hier ist nicht eigentlich das Grundstück der Kaufgegenstand, sondern das „belastete" Grundstück. Hier bleiben Hypotheken bestehen, weil der Käufer sie mit übernimmt. Die Haftung für die in § 439 II bezeichneten Rechte wird in diesem Falle durch den Vertrag ausgeschlossen. Die Regeln über die Rechtsmängel sind alle nicht zwingender Natur, sondern können, wie vorstehender Fall zeigt, durch Parteiabmachung ausgeschlossen werden. So kann andererseits durch Vertrag eine besondere Haftung begründet werden. Das ist z. B. bei Zusicherung gewisser recht-

licher Eigenschaften der Fall, z. B. das Bestehen einer Realservitut. Hieran ist auch zu denken beim Kauf einer bewußt fremden Sache. Für diesen Fall wird die Haftung selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel kennt. Die Vertragsfreiheit ergibt sich aus dem Gesetz nach § 443, da hier die Vertragsfreiheit nur für den einen Fall des arglistigen Verschweigens ausgeschlossen wird. Eine event. getroffene Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung wird bei arglistigem Verschweigen rechtlicher Mängel nichtig. Arglistiges Verschweigen liegt vor, wenn der Verkäufer den Mangel kennt, ihn aber verschweigt in der Absicht, den Käufer zu täuschen. Der Täuschungserfolg muß auch vorliegen, da sonst § 439 I zugunsten des Käufers wirkt. Das Verschweigen muß ein arglistiges sein, d. h. in der Absicht geschehen, den Käufer im Irrtum zu lassen. Wenn der Verkäufer verschweigt, weil er annimmt, der Käufer sei unterrichtet, so ist dieses Verschweigen unwirksam. Es bestehen Zweifel darüber, ob das Verschweigen der Möglichkeit, daß ein Fehler bestehen könne, nicht schon die Nichthaftungsvereinbarung nichtig mache. Es fragt sich, ob das Verschweigen eines Zweifels an der Fehlerlosigkeit den Umfang des Begriffes „arglistiges Verschweigen" ausfüllt. Wenn es nur darauf ankäme, die Handlungsweise des verschweigenden Verkäufers als gegen die guten Sitten verstoßend zu qualifizieren, so könnte die Frage zweifellos bejaht werden; denn es muß als illoyal bezeichnet werden, wenn der Verkäufer das Vertrauen des Käufers täuscht, das auf der getroffenen Vereinbarung und der aus ihr folgenden Offenbarungspflicht beruht. Denn bei Kenntnis der Zweifel würde der Kauf vielleicht nicht oder zu anderen Bedingungen abgeschlossen werden. Jedoch muß berücksichtigt werden, daß auch der Verkäufer hoffen mag, sein Zweifel werde unbegründet sein, und daß Arglist eine bewußte Täuschung mit einem bestimmten Endzweck zur Voraussetzung hat. Somit kann die fahrlässige Täuschung des einen Zweifel verschweigenden Verkäufers nicht als arglistige Täuschung bezeichnet werden. Das Gesetz redet auch vom Verschweigen des Mangels. Hierzu würde es einer zweifelsfreien Kenntnis des Mangels seitens des Verkäufers bedürfen. Hingegen wird es unbedenklich sein, den Verkäufer, falls seine Bedenken sich als begründet erwiesen, nach § 826 haften zu lassen. Dagegen bleibt der Nichthaftungsvertrag in Kraft (Staudinger, Oertmann, Planck. Dagegen läßt der Komm. d. Reichsgerichtsräte es genügen, wenn der Verkäufer mit der Möglichkeit des Mangels rechnete). Stellt sich bei der getroffenen Vereinbarung über die Nichthaftung ein Mangel heraus, so hat der Käufer das Verschweigen, der Verkäufer die Nichtarglist zu beweisen.

Endlich bestimmen § 806 ZPO. und § 56 Satz 3 ZVG., daß für die Fälle der Veräußerung auf Grund der Pfändung und Zwangsversteigerung ein Gewährleistungsanspruch nicht besteht.

b) Haftet der Verkäufer auch ohne Verschulden?

In diesem Zusammenhange ist die Frage zu erörtern, ob die Haftung des Verkäufers wegfällt, wenn ihn kein Verschulden trifft. In dem gerade besprochenen Falle des pactum de non evictione praestanda ist in dem arglistigen Verschweigen ein Verschulden zu erblicken, das seinerseits zur Haftung führt. Nichtverschulden in diesem Falle bedingt Nichthaftung, jedoch aus Gründen der getroffenen Vereinbarung, nicht etwa des Nichtverschuldens halber. Wenn hier mit der Vereinbarung, daß nicht gehaftet werden solle, das Verschulden nur die Nichtigkeit dieser Vereinbarung zur Folge hat, die Haftungsgrundsätze selbst aber nicht berührt werden, so erhellt schon daraus, daß allgemein eine Beziehung zwischen Verschulden und Haftung nicht besteht. Der Unterschied in der tatsächlichen Sachlage ist jedoch nicht verkennbar, wenn im einen Falle ein bösgläubiger Verkäufer den Mangel und die Unmöglichkeit seiner Leistung kennt und den Käufer täuscht, und im anderen der Verkäufer selbst an die Erfüllbarkeit seiner Vertragsverpflichtung glaubt; allein die Haftungsvorschriften wollen nur die Lage des Käufers vor unbilliger Benachteiligung schützen und sind nicht deliktischer Natur; somit gelten die allgemeinen Grundsätze ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Veräußerers. Da aber in den angenommenen Fällen des arglistigen Verschweigens oder der Unkenntnis des Veräußerers mit einem bestehenden Mangel gerechnet werden muß und daher das Unvermögen ein ursprüngliches ist, hat der Verkäufer nach den Grundsätzen der Nichterfüllung wegen ursprünglichen Unvermögens zu haften, da § 275 II ihn nicht befreit.

Hiermit ist nun gesagt, daß das Verschulden beim Vertragsschluß auf die Mängelhaftung als solche keinen Einfluß hat, und daß auch bei Verschulden beim Vertragsschluß die normale Mängelhaftung eintritt, wenn eine mangelhafte Leistung vorliegt. Andererseits kann jedoch nicht bezweifelt werden, daß sich an schuldhaften Vertragsschluß objektiv Rechtsfolgen knüpfen, die auch die Mängelhaftung berühren. Das heutige Recht mit seinem fast lückenlosen Haftungssystem bei Rechtsmängeln läßt für eine besondere Haftung für schuldhaften Vertrag beim Kauf wenig Raum. Im römischen Recht dagegen ließ die Eviktionshaftung dieser besonderen Haftung einen weiteren Spielraum (Bachmann II, 2 S. 105); sie fand auch dementsprechend umfangreiche Anwendung (Rabel S. 258). Aber auch das deutsche Recht kennt die Haftung für dolosen Vertragsschluß. Das ältere Recht kannte auf kanonischrechtlicher Grundlage das strenge Erfordernis, daß der Käufer zum gültigen Kauf ebenso wie auch der Verkäufer die Überzeugung der Rechtmäßigkeit des Erwerbes haben müßte (Rabel S. 268). Da hier ein Fehler das Geschäft nichtig machte, so trat selbstverständlich eine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen ein. Für das gemeine Recht hat R. Leonhard a. a. O. die Haftung für schuldhaften Vertragsschluß nach-

gewiesen, und zwar für Verschulden in jeder Form (S. 13—15). Daß auch nach bürgerlichem Rechte für schuldhaften Vertragsschluß gehaftet wird, kann nicht bezweifelt werden. Doch kann zweifelhaft sein, ob die Haftung ex contractu oder ex delicto erfolgt. Da das Verschulden beim Vertragsschlusse vorliegt, so erhellt, daß gerade die verschwiegenen Mängel in den Vertragskonsens durch den Verkäufer nicht aufgenommen sind. Auch ist die Pflicht zum redlichen und sorgfältigen Vertragsschluß eine allgemeine, rechtliche Voraussetzung jedes Vertrages, so daß sie nicht als eine Verpflichtung aus dem einzelnen Vertrage angesehen werden kann. Jedenfalls beruht die Pflicht nicht auf dem Vertrag. Vergleicht man hingegen die Haftung des Schenkers (§ 523), so findet man hier eine echte vertragliche Haftung für unredlichen Vertragsschluß. Ähnliches gilt vom Hinterleger (§ 694) sowie vom Geschäftsführer (§ 678). Eine Analogie hierzu wäre die entsprechende Haftung des Verkäufers, da nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz den Käufer schlechter stellen wollte als den Beschenkten. Hiernach bliebe die deliktische Haftung, die sich bei Vorsatz auf § 823 II in Verb. mit § 263 StGB. stützen ließe, doch wäre hierbei die Haftung für Fahrlässigkeit ausgeschlossen.

Es ergibt sich hieraus, daß eine Haftung für Vertragsverschulden in dem Buchstaben des Gesetzes nicht enthalten ist. In den Fällen der zugesicherten Mängelfreiheit und der arglistigen Täuschung würde sich eine Haftung schon aus diesen besonderen Tatbeständen ergeben; aber auch bei Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß entspricht die Haftung des Verkäufers der Billigkeit und einem dringenden praktischen Bedürfnisse. Jedoch erscheint es bedenklich, im Falle des fahrlässigen Vertragsschlusses die Haftung auf unerlaubte Handlung zu stützen (F. Leonhard § 32). Ferner kann man an eine stillschweigende Zusage denken. Sicherlich wird in manchen Fällen eine solche anzunehmen sein und zu einer Haftungsbegründung führen. Doch ist eine Verallgemeinerung zu verwerfen, da diese Zusage weder aus dem Gesetz noch aus der Parteiabsicht grundsätzlich zu entnehmen ist. Der für Mängel haftende Verkäufer hat nach § 444 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten; das ist der Schade, der durch die Nichterfüllung kausal bedingt ist. Es ist wohl denkbar, daß durch den Dolus des Verkäufers beim Vertragsschluß ein besonderer Schade über den Nichterfüllungsschaden hinaus entstanden sein kann (F. Leonhard S. 28).

Hierauf beruht die Bedeutung der Haftung für schuldhaften Vertrag bei einer schlechten Leistung; hier geht zwar die Haftung ohnehin auf Schadensersatz, doch nur wegen Nichterfüllung; aber außer dem bloßen Erfüllungsinteresse hat der Käufer noch ein darüber hinausgehendes Vertragsinteresse. Die Haftung für dolosen Vertrag ist darum keine Erfüllungsschuld, sondern eine besondere Haftung. Hieran vermag auch § 444, der die Aufklärungspflicht als eine erst aus dem Vertrage entspringende Pflicht bezeichnet, nichts zu ändern; denn zweifellos hat der

Verkäufer diejenigen Angaben über die Sache, die für den Käufer zur Bildung des Entschlusses, seinen Konsens zum Vertrage zu erklären, erheblich sind, schon vor Vertragsschluß zu machen, die dann nach dem Vertrage gemäß § 444 lückenlos zu vervollständigen sind. In der Mehrzahl der Fälle wird es sich aber um erfüllte Verträge handeln, in denen die Haftung für schuldhaften Vertragsschluß eine Rolle spielt; in Fällen also, wo die Mängelhaftung gar nicht ausreicht. Das deutsche Recht läßt z. B. die Möglichkeit zu, daß Eigentum vom Nichteigentümer erworben werde. Macht es da einen Unterschied, daß der Verkäufer bösgläubig war? Da der Käufer Eigentümer wird, so kann nicht bezweifelt werden, daß die Verkäuferhaftung nicht Platz greift. Es ist jedoch denkbar, daß der gutgläubige Käufer zur Herausgabe eines stellvertretenden commodum verpflichtet sein würde. Diesen Sachverhalt könnte man nicht als einen Mangel der Kaufsache ansehen; darum muß hier die Haftung aus einem andern Gesichtspunkte erfolgen. Daß der Verkäufer tatsächlich dafür haftet, wird ernstlich nicht bestritten werden können. Hier wird, wenn der Verkäufer bösgläubig war, die Haftung für dolosen Vertragsschluß eintreten. Fernerhin kann ein gewissenhafter Käufer in seinem Gefühl beim Gebrauch und der Weiterveräußerung der gutgläubig erworbenen Sache durch die mala fides superveniens sich beschränkt fühlen und kann geltend machen, daß er bei Kenntnis der Lage die Sache überhaupt nicht gekauft haben würde. Er kann auch, um den Schaden erkennbar zu machen, sich darauf berufen, daß unter diesen Umständen die Sache für ihn bedeutend an Wert verloren habe und er bei Voraussicht dieser Lage weit billiger gekauft haben würde.

Die Haftung für Vertragsverschulden hat als solche mit der Rechtsmängelhaftung nichts zu tun, es mag nur gesagt werden, daß ihre Begründung in analoger Anwendung der Haftung für Erfüllungsverschulden zu suchen ist (F. Leonhard a. a. O.). Demgegenüber ist die Haftung für Rechtsmängel eine Haftung für mangelhafte Erfüllung, die allein diese als Tatbestandsvoraussetzung hat und unabhängig davon ist, ob bei der Erfüllung ein Verschulden vorlag oder nicht.

7. Der Beweis.

Die Frage des Beweises ist eigentlich keine Frage des materiellen Rechtes, da sie nicht den Verkehr des täglichen Lebens ordnet, sondern der formalen Durchführung des Rechtes im Prozesse dient. Der Beweis regelt sich daher nach allgemeinen für die Prozeßführung praktischen Grundsätzen. Er ordnet sich unter das: „do mihi factum“, worauf dann das: „dabo tibi jus“ folgt. So gilt als Grundsatz, daß das, was an rechtserheblichen Tatsachen behauptet wurde, von der Partei bewiesen werden muß, die es zur Erreichung ihres Klagebegehrens behauptet hat.

Nur an einigen wenigen Stellen hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die besondere Lage des materiellen Rechts die Beweislast ausdrücklich geregelt, einerseits um Zweifel auszuschließen, andererseits um Ausnahmefällen Rechnung zu tragen. Ein solcher Fall der besonderen Regelung liegt im § 442 für den Beweis des die Haftung wegen Rechtsmangels fordernden Käufers vor. Es ist bekannt, daß hieran anknüpfend Schlüsse für die Auslegung des materiellen Rechtes gezogen worden sind (Eccius a. a. O. S. 497). Objektiv betrachtet muß Erbse (S. 83) zugestimmt werden, wenn er sagt, daß dem klagenden Käufer der Beweis auferlegt wird, weil er den geltend gemachten Mangel behauptet. Allein man muß doch einen besonderen Grund für diese ausdrückliche Beweislastregelung finden. Hier erblickt Eccius die Ausnahme in der materiellrechtlichen Betrachtung, daß der Anspruch auf Erfüllung so lange durchgriffe, bis der Schuldner Erfüllung behaupte. Hieran denkt auch Erbse (s. Leonhard, Beweislast S. 392), wenn er die Ausnahmebestimmung des § 442 bei Anwendung der exceptio non adimpleti contractus seitens des Käufers erblickt. Somit trägt den Beweis für die Eigentumsverschaffung der Käufer, während nach wie vor den Beweis für die bloße tatsächliche Leistung, die auf Erfüllung gerichtet ist, der Verkäufer zu tragen hat. Die Beziehung zwischen dieser und dem Erfolge, in welcher der Mangel liegt, ist Beweisthema des Käufers; denn nur den Mangel hat er zu beweisen. Hierin liegt die Besonderheit der Beweisverteilung bei der Rechtsmängelhaftung. Ist es aber richtig, aus dem Umstand, daß der Verkäufer nur seine tatsächliche Leistung darzutun hat, zu schließen, daß mit einer tatsächlichen Leistung seine Obliegenheiten erfüllt sind (Schloßmann-Eccius). Der Schlußfolgerung, daß es die Absicht des Gesetzes ist, der Verkäufer sei so anzusehen, als habe er seine Verbindlichkeiten erfüllt, solange nicht der Käufer sich auf die mangelhafte Erfüllung beruft, muß zugestimmt werden, da ja schon der Wortlaut (§ 442) die Mängelrüge des Käufers voraussetzt. Da aber das Gesetz einen Beweis des Käufers über einen Mangel, der ja auch im mangelhaften Verschaffen, also tatsächlichem Fehlen des Eigentums bestehen kann, ausdrücklich vorsieht, so ist damit ein weitergehender Anspruch über die vom Schuldner geleistete tatsächliche Leistung hinaus anerkannt. Gerade mit Rücksicht auf den Anspruch des Käufers auf eine weitere als eine konkrete Tatleistung entspricht die Beweisregelung des § 442 der Billigkeit und trägt auch der Sache am meisten Rücksicht. Es wurde oben (S. 8) von dem periculum des Erfolges gesprochen. Wenn nun der Verkäufer für das Eigentum, den erforderlichen Erfolg, die Gefahr trägt, so wäre es unbillig, ihn dazu noch beweispflichtig zu machen, da ja der zu bewirkende Erfolg in einem rechtlichen Zustand in der Person des Käufers besteht. Wie dort gezeigt, besteht das Tragen der Gefahr des Erfolges darin, daß der Verkäufer ein incertum zu leisten hat. Wenn er nun eine Leistung bewirkt hat, die nach seinem Ermessen den Erfolg herbeiführen konnte, so

wird er seine Leistungstätigkeit einstellen, bis der fordernde Käufer den nicht eingetretenen Erfolg geltend macht. Dieser wird gleichzeitig hierbei darzutun haben, was der bisher bewirkten Leistung noch bis zum Eintreten des Erfolges fehlt, schon um zu zeigen, daß der Erfolg tatsächlich nicht eingetreten sei. In diesem Sinne muß daher Eccius a. a. O. durchaus zugestimmt werden, wenn er sagt (S. 497), die Beweispflicht des Käufers sei nicht die Beweispflicht im prozessualen Sinne, sondern sei das durch tatsächliche Vorgänge begründete Darlegen des fehlenden Rechtserfolges, der dann ja freilich auch prozessual bewiesen werden muß. Die Leistung eines incertum besteht darin, daß eine unbestimmte Anzahl von Bedingungen erfüllt sein müssen, um in ihrer Gesamtheit den Rechtserfolg zu bewirken. Es kann nun nach Lage der Sache gar nicht anders sein, als daß der die Herbeiführung des Erfolges heischende Käufer darzutun hat, welche vom Verkäufer noch nicht erfüllte Bedingung zur Herbeiführung des Erfolges noch erforderlich sei. Hiernach gibt es freilich keinen klagbaren Anspruch auf Herbeiführung eines Rechtserfolges (Eccius S. 477), wohl aber einen klagbaren Anspruch auf die Bewirkung einer oder mehrerer Einzelleistungen, von der in Ergänzung anderer schon bewirkter Normalleistungen das Eintreten des Erfolges vom Gläubiger und auch objektiv erwartet wird. Hat aber der Käufer das Fehlen des Rechtserfolges geltend gemacht, indem er einen Anspruch auf eine noch fehlende Einzelleistung erhob, so konzentriert sich sein Anspruch auf diese eine (oder mehrere) Einzelleistung, da er durch das Geltendmachen gerade dieses Anspruchs concludenter erklärt hat, daß er die übrigen zum Erfolg erforderlichen Bedingungen erfüllt betrachtet. Das gleiche hat dann zu gelten, wenn der Käufer außerprozessual dem Verkäufer erklärt, daß er das Eintreten des ausgebliebenen Erfolges von einer anderen bestimmten Einzelleistung erwarte.

Der Beweis, daß trotz der Leistung des Verkäufers das Eigentum noch fehle, denn die Eigentumsverschaffung ist ja der zu leistende Rechtserfolg, kann tatsächlich gar nicht anders erbracht werden, als daß der Mangel des Rechts und der Fehler der Leistung gekennzeichnet werde. Es ist daher ein Erfordernis elementarster Billigkeit, wenn hierfür der Käufer den Beweis trägt (Leonhard, Beweislast S. 332). An der Hand des Gesagten erscheint es sogar berechtigt, hier von einem Beweisrecht zu sprechen, da zur Durchführung seiner Rechte gerade der Käufer ein Interesse daran hat, darzutun, in welchem Punkte die bewirkte Leistung noch mangelhaft ist. Ganz analog der Beweisverteilung im alten Eviktionsrecht, wo ja der Käufer auch das bessere Recht des Dritten dartun oder dem Verkäufer den Streit verkünden mußte, ist der Beweis auch im heutigen Rechte geregelt. Die Regelung im heutigen Recht mag von dem alten Rechte unbenommen sein (Oertmann). Die ausnahmsweise Regelung besteht darin, daß die sich hieraus ergebende Beweisverteilung auch für den neuen Fall der Erfüllungsklage, die im alten Recht unmöglich

war, in Anwendung kommt. Daß aber diese Beweisverteilung keine zufällige, sondern eine beabsichtigte ist, geht daraus hervor, daß, wie eingangs bemerkt wurde, diese Regelung auf besonderer Vorschrift beruht, was nicht erforderlich gewesen wäre, wenn die Beweisverteilung nach allgemeinen Grundsätzen geordnet wäre (s. hierzu Endemann S. 983 Anm. 67; Mot. Bd. 2 S. 222/23).

Die Beweispflicht des Käufers ist eine allgemeine und gilt auch dann, wenn vor der Erfüllung sich die Mangelhaftigkeit bemerkbar macht und er deshalb die Annahme verweigert. Auch kommt es nicht auf die Art des von ihm gebrauchten Rechtsbehelfes an, ob er nun die Gegenleistung verweigert oder zurücktreten will, oder ob er Schadensersatz erstrebt. Für den Fall aber, daß der Verkäufer kontraktlich schon für die bloße Geltendmachung des dritten Rechtes haftet, trifft den Käufer naturgemäß ein weiterer Beweis nicht mehr (Staudinger S. 613; Reichsgerichtsräte S. 457; Oertmann S. 339).

B. Die Rechtsfolge.

1. Die actio empti.

Die im vorhergehenden dargestellten, aus der rechtlichen Mangelhaftigkeit eines gekauften Gegenstandes sich ergebenden Tatbestände haben zur Rechtsfolge die in § 440 bezeichneten Rechte des Käufers. Die dort zitierten Vorschriften (§§ 320—327) sind die Regel, die bei Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages ohnehin zur Anwendung kommen. Es war darum die Anführung dieser Vorschriften, wenn kein anderer Grund vorlag, unnötig, da nach dem ganzen Zusammenhang nicht zweifelhaft sein kann, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Haftung für Rechtsmängel nach den Gesichtspunkten für unerfüllte Verträge behandelt. Hieraus folgt noch eine rechtliche Konsequenz für die Rechte des Käufers, die im Gesetz keinen besonderen Ausdruck gefunden hat; das ist die Anwendbarkeit der Erfüllungsklage, hier der actio empti. Man wird sich erinnern, welche Stelle die actio empti im alten Rechte hinsichtlich der Rechtsmängelhaftung gehabt hat. Eck hat die Rechtsmängelhaftung der actio empti aus dem Doktrinarismus des Eviktionssystems herausgeführt, indem er zeigte, daß der Käufer gegen den Verkäufer Rechte habe, die von der Eviktionshaftung nicht eingeschlossen waren. Er begründete damit den Anspruch des Käufers auf Eigentumsgewährung, der durch die Kaufklage erstritten werden konnte.

In einem ähnlichen Verhältnis, wie actio empti zur Eviktionshaftung, verhält sich im heutigen Recht die Kaufklage zu den in § 440 bezeichneten Rechtsmitteln. Im deutschen Recht gehört die Verschaffung des Eigentums frei von andern Rechten zu den vertraglichen Pflichten des Verkäufers. Wenn diese Pflichten nicht erfüllt werden, so ist der Vertrag nicht erfüllt und der Käufer hat normalerweise den Anspruch auf Erfüllung aus dem Kauf. Hierin liegt der Unterschied zwischen dem alten Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch hinsichtlich der Behandlung der Rechtsmängelhaftung, daß diese nicht als eine besondere Garantiepflicht aufgefaßt wird, sondern als ein Teil der Erfüllung des Vertrages. Ob die Erfüllungsklage gegeben ist, richtet sich nur nach dem Umstand, ob der Vertrag als erfüllt oder als nicht erfüllt oder als teilweise nicht erfüllt zu betrachten ist. Mit Rücksicht hierauf wurde oben, als von den notwendigen Erfordernissen des Kaufes die Rede war (S. 20), die sonst belanglose Frage erörtert, ob und wann ein Kaufvertrag erfüllt sei. Die

Klage auf Erfüllung besteht darin, daß der Käufer die ausgebliebene Erfüllung begehrt, die ja beim Kauf in der Verschaffung des Eigentums besteht. Die Ansicht Schloßmanns, daß diese Erfüllung als die Erreichung eines Erfolges nicht erstreitbar sei, wurde schon besprochen. Mit Recht weisen Erbse (S. 42) und Sieber (S. 165) darauf hin, daß in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, nämlich immer dann, wenn der Verkäufer Eigentümer der Sache ist, die Erfüllung durchaus keine Schwierigkeiten biete. Wo aber Schwierigkeiten erblickt werden könnten, da sind sie nach den Richtlinien zu behandeln, die gelegentlich der Erörterung über den Beweis gegeben sind. Wie ja auch bei einer Teilleistung der Käufer mit der Erfüllungsklage nicht etwa die Erfüllung von Grund auf neu verlangen kann, sondern nur den noch fehlenden Teil der Erfüllung, so muß er auch bei vollkommener Nichterfüllung, die bei mangelnder Eigentumsverschaffung immer anzunehmen ist, etwa schon vollzogene Leistungshandlungen als geschehen hinnehmen und kann nur das verlangen, was bis zur vollständigen Erfüllung noch fehlt. Ist aber diese Leistung unmöglich, oder, wie Schloßmann sagt, ist ihm die Leistung nicht zuzumuten wegen unverhältnismäßiger Schwierigkeiten, so ist dieses ein besonderes Tatbestandsmoment, das seinerseits auch besondere Rechtswirkungen zur Folge hat. Jedenfalls kann der Käufer gegen den säumigen Verkäufer auf Erfüllung klagen (Staudinger S. 605; Planck S. 341) und nach erzielter Verurteilung gemäß § 283 verfahren.

2. Ursprüngliches Unvermögen.

Die Polemik, die Schloßmann und Eccius gegen das Verschaffungsprinzip als die Herbeiführung eines Rechtserfolges geführt haben, fußt auf dem Gedanken, daß unter Umständen die Herbeiführung dieses Erfolges dem Einflußbereiche des Schuldners entrückt sei, oder daß, um die Leistung zu bewirken, sie mit so unverhältnismäßig großen Opfern verbunden sei, daß die Leistung ihm nicht zugemutet werden könne. Dieses letztere ist z. B. beim Verkauf einer fremden Sache der Fall, wenn der fremde Eigentümer ein außerordentlich hohes Entgelt fordert. Wo die Grenze zwischen Möglichkeit und Unmöglichkeit liegen mag, ist eine Frage, von der es abhängen wird, ob eine unverhältnismäßig schwere Leistung schon als unmöglich bezeichnet wird. Wenn die Aufwendungen des leistenden Schuldners dem Umfange nach in auffallendem Mißverhältnis zum wirtschaftlichen Zweck der Leistung und zu den Interessen des Gläubigers stehen, so würde es unbillig sein, hier gerade auf dieser Leistung zu bestehen. Der analoge Fall, daß eine bestimmte Leistung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, findet sich in § 251 II. Entsprechend wird man auch hier auf die spezielle Leistung verzichten müssen; dann gibt es für diesen Fall nur die Konsequenz, die Leistung für unmöglich zu erklären. Als Grundsatz muß aber festgehalten werden, daß der Käufer

tatsächlich berechtigt ist, die Leistung zu fordern, daß aber das neu hinzutretende Moment der Unmöglichkeit der Leistung eine entsprechende Änderung der Rechtsfolgen bedingt.

In den Vorschriften des § 440, die für den Fall der Nichtleistung des Verkäufers zur Anwendung kommen, findet das Unmöglichwerden der Leistung in den §§ 323—325 Berücksichtigung. Jedoch handelt es sich in diesen Vorschriften nur um nachträgliche Unmöglichkeit, die nach dem Abschlusse des Vertrages eintritt. Das Gesetz scheidet in § 275 ausdrücklich die Fälle der nachträglichen von denen der ursprünglichen Unmöglichkeit; daraus, daß die Fälle der ursprünglichen Unmöglichkeit in § 440 keine Berücksichtigung fanden, ist ein besonderer Rückschluß nicht zu ziehen, wie ja die Bedeutung von § 440 nicht darin liegt, daß nun ausschließlich die §§ 320—327 Anwendung finden sollten, sondern darin, daß die Rechtsmängelhaftung den Gesichtspunkten der „Nichterfüllung“ unterworfen sei. So wie §§ 320—327 auch ohne § 440 anwendbar gewesen wären (Planck S. 341 zu § 440 [1]), so kann auch an der Anwendbarkeit der Vorschriften über ursprüngliche Unmöglichkeit nicht gezweifelt werden. Gerade die ursprüngliche Unmöglichkeit wird beim heutigen Kauf mit seinem Verschaffungsgedanken weitaus am häufigsten vorkommen; so immer beim Verkauf einer fremden Sache, wenn die Ablösung des fremden Eigentums sich als nicht erreichbar herausstellt. Man denke auch an den Kauf noch nicht bestehender Sachen im Werklieferungsvertrag.

Ist nun die ursprüngliche Unmöglichkeit eine objektive, so gilt § 306, eine Vorschrift, die sich nicht wider die Erfüllung des Vertrages, sondern gegen den Vertrag selbst richtet und daher nicht in diesen Zusammenhang hinein gehört. Wie die Haftung bei ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit zu regeln ist, wurde schon erörtert, als vom Verschulden beim Vertragsschluß die Rede war. Er wird das negative Vertragsinteresse nach § 307 zu tragen haben, soweit nicht nach deliktischen Grundsätzen eine weitere Haftung Platz greift.

Interessanter ist die Frage, wie die Haftung bei ursprünglichem Vermögen zu gestalten sei, da das Gesetz den Fall der subjektiven Unmöglichkeit nur als nachträgliches Unvermögen § 275 II kennt und dieses auch nur der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit in seinen Rechtswirkungen gleichstellt. Es ergibt sich somit, da ein Vertrag nach § 306 ungültig ist, wenn er eine objektiv unmögliche Leistung zum Gegenstand hat, daß ein solcher auf eine nur subjektiv unmögliche Leistung grundsätzlich gültig ist; andererseits, da der Schuldner nach § 275 II von der Leistung befreit wird, wenn er zur Leistung nach Vertragsschluß unvermögend wird, daß er bei ursprünglichem Unvermögen zur Leistung verpflichtet bleibt. Der Schuldner ist daher aus gültigem Vertrage zur subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet. In diesem Umstande glaubt Titze (S. 251) eine Lücke im Rechte zu erkennen; mit Unrecht, vielmehr scheint mir die fehlende gesetzliche Regelung des ursprünglichen Unvermögens

in vorbildlicher Weise den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung zu tragen, indem hier der Verkehrs- und Vertragsfreiheit ein weiter Spielraum gelassen wird. Es scheint, als ob Titze der Ansicht sei, daß ein Vertrag über eine subjektiv unmögliche Leistung nur unbeabsichtigt wie eine Art Unglück für eine der Parteien zustande kommen könne, wenn er z. B. den Verkauf einer gestohlenen Sache als Beispiel anführt. Das ist aber durchaus nicht der Fall. Es muß daran festgehalten werden, daß solche Verträge mit Wissen und Willen sehr oft geschlossen werden, daß beim heutigen komplizierten Verkehr sie ebenso oft geschlossen werden wie Verträge auf eine mögliche Leistung. Wenn z. B. ein bestimmtes Muster einer Ware gekauft wird, so wird häufig der Lieferant das Muster nicht zur Hand haben, so besonders im Buchhandel. In solchen Fällen handelt es sich doch immer um ursprüngliches Unvermögen; der Vertrag wird dann geschlossen in der Hoffnung, daß das Unvermögen behoben werden kann. Wenn nun dieses Unvermögen den Schuldner ohne weiteres befreien würde, so wäre für den Käufer der Vertrag interesselos. Ohne solche Verträge hätte sich unser Wirtschaftsleben über die Stufe der Lokalwirtschaft nicht erheben können. Die Gültigkeit und Durchführbarkeit der Verträge auf subjektiv unmögliche Leistungen ist ein Erfordernis des modernen Verkehrs. Jedenfalls ist die Ansicht Titzes, der ursprüngliches Unvermögen ursprünglicher Unmöglichkeit gleichsetzen will, von der Hand zu weisen; denn der klare Sinn der §§ 306 und 275 II läßt doch eine Verwischung der Merkmale ursprünglicher Unmöglichkeit und Unvermögen nicht zu (Oertmann S. 335 c *α*; Staudinger S. 605, 1 a; Planck S. 341, 3; Siber S. 163; s. auch Scholler a. a. O. S. 4). Eine außerordentlich gewagte Methode dürfte es aber sein, aus dem Umstand, daß man die Fassung einer Vorschrift für unpraktisch hält, dem Gesetze einen unausgesprochenen Rechtssatz zu imputieren, der dem Sinne anderer Vorschriften widerstreitet, selbst wenn er außerordentlich praktisch wäre (Titze S. 25).

Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Partei, die sich zu einer Leistung verpflichtet, deren sie unvermögend ist, zu dieser Leistung verpflichtet sein will, und daß sie die Beseitigung des Unvermögens als einen Teil ihrer Leistung betrachtet. In der bewußten Bindung zu dieser Leistung ist darum eine Garantieübernahme zu erblicken, daß die Beseitigung des Unvermögens gelingen werde (Planck S. 341 Z. 3; Staudinger S. 605 Z. 1 a); denn es ist nicht anzunehmen, daß sich jemand zu einer Leistung verpflichten werde, die er niemals erfüllen kann. Sollte dieses aber der Fall sein, so würden die schon besprochenen Gesichtspunkte des schuldhaften Vertragsschlusses auch hier anwendbar sein, sofern nicht Rechtsfolgen, die allgemein den ursprünglich unvermögenden Schuldner treffen, dem Sachverhalte genügen würden.

Es ist somit nicht eigentlich das Gesetz, welches dem unvermögenden Schuldner die Garantie für sein Leistungsvermögen auferlegt, sondern der Parteiwille des sich zu einer subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtenden

Schuldners selbst, sonst würde er wohl kaum eine solche Verpflichtung eingehen, und das Maß an Sorgfalt wird man beim Vertragsschluß voraussetzen müssen, daß die Parteien selbst wissen, was sie leisten müssen und ob sie es leisten können. Wenn nun in einem Falle ein Kontrahent eine subjektiv unmögliche Leistung übernimmt, ohne sein Unvermögen zu kennen (man darf im Gegensatz zu Titze annehmen, daß diese Verpflichtungen ins Blaue die Ausnahme sein werden, etwa infolge eines noch unbekannten Diebstahls) (Titze S. 251), so darf doch nicht verkannt werden, daß dieses auf Umständen beruht, die in der Rechtssphäre des Schuldners liegen, und die nur er kennen kann und auch kennen müßte. Wenn er nun über die Sache einen Vertrag schließt, so vereinigen sich die Parteien im Hinblick auf die Erfüllung. Jede Partei darf bei der anderen so viel Zuverlässigkeit voraussetzen, daß sie im Augenblick der freiwilligen Bindung über die Verhältnisse der Kaufsache selbst unterrichtet ist, sonst kann ihr mit Recht Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden. Wenn eine Partei eine Verpflichtung eingeht, ohne selbst zu wissen, ob sie diese Verpflichtung erfüllen kann, und nicht wenigstens weiß, in welcher Weise sie ihr Unvermögen zu beheben gedenkt, so muß sie auch die Verantwortung dafür tragen. Würde das Gesetz ein solches Verfahren zulassen, so würde das zu einer heillosen Verkehrsunsicherheit führen.

Welche Rechtsbehelfe hat nun der Käufer? Er hat zunächst den Anspruch auf Erfüllung, der ihm in der Folge den Interesseanspruch aus § 283 gibt. Bei richtiger Würdigung der rechtlichen Lage wird dieses als der richtige Weg erscheinen; doch wird es in manchen Fällen dem Käufer erwünscht sein, sofort auf Schadensersatz klagen zu können. Dieses kann nur dann geschehen, wenn die Voraussetzungen für diese Vereinfachung gegeben sind. So müßte dargetan werden, und zwar nunmehr durch den Gläubiger, daß ursprüngliches Unvermögen vorliegt, und daß eine Beseitigung des Hindernisses ausgeschlossen ist. Denn solange Erfüllung noch denkbar ist, muß sie als normale Auflösung und dem Zwecke des Geschäftes entsprechend jeder anderen Auflösung des Vertragsverhältnisses vorgezogen werden (Erbse S. 55). Erst wenn die Unmöglichkeit der Beseitigung des Unvermögens feststeht, ist es der Wahl des Käufers belassen, in welcher Weise er klagen will. Die gesetzlichen Unterlagen lassen sich in § 307 finden. Man darf nicht in der analogen Anwendbarkeit dieser Vorschrift eine Inkonsequenz und eine Vermischung der Begriffe Unvermögen und Unmöglichkeit erblicken; denn die Anwendung von § 307 ist ja nur bedingt zulässig, nämlich dann, wenn das Unvermögen des Schuldners zu jener tatsächlichen Sachlage geführt hat, die Voraussetzung des § 307 ist, und der wesentlichste Gesichtspunkt, die grundsätzliche Gültigkeit des Vertrages auf eine subjektiv unmögliche Leistung ist ja gewahrt. Zudem ist die in § 307 ausgesprochene Rechtsfolge nicht ausschließlich die rechtliche Wirkung des in § 306 gekennzeichneten Sachverhalts, sondern sie entspricht einem ganz allgemeinen rechtlichen Grundsatz, der auch bei anderen Vor-

aussetzungen zur Geltung gelangt, was aus § 122 ersichtlich ist. In diesem Grundsatz ist aber eine Verpflichtung zu subjektiv unmöglicher Leistung dann einzuschließen, wenn das Unvermögen zur Leistung unzweifelhaft und nachweislich nicht behoben werden kann.

Wenn Siber den Interessenanspruch im Falle ursprünglichen Unvermögens ohne weiteres gewähren will, so kann man darin eine begriffliche Gleichsetzung mit ursprünglicher Unmöglichkeit erblicken; denn es wird schwer sein, eine andere gesetzliche Unterlage, deren wir ja doch bedürfen, zu finden. In einer Ableitung aus nachträglichem Unvermögen kann diese Unterlage ohne weiteres nicht gefunden werden, da hier erst das Verschulden des unvermögenden Schuldners nachgewiesen werden müßte. Das von Siber S. 164 angeführte Beispiel des Schlossergesellen, der sich vertraglich verpflichtet, ein Gemälde zu malen, ist m. E. wenig geeignet, die Haftbarkeit des ursprünglich unvermögenden Schuldners auf das Interesse darzutun, da gerade hier die Haftung nicht in mangelnder Erfüllung und Unvermögen, sondern aus Delikt (Betrug, § 823 II) begründet ist.

3. Nachträgliche Unmöglichkeit.

Die Sachlage ändert sich vollkommen, wenn die Unmöglichkeit erst nach dem Vertragsschlusse eintritt, da in diesem Falle zur Zeit des Vertragsschlusses ein Zustand bestand, der den Verkäufer tatsächlich und rechtlich in eine Lage versetzte, die ihn befugte, sich zu der Leistung zu verpflichten. So fallen auch eigentlich nur Ereignisse nach dem Vertragsschlusse unter die Wirksamkeit des Vertrages, und nur solche vermögen die Wirkungen des Vertrages zu beeinflussen, während Ereignisse vor dem Vertragsschluß höchstens diesen selbst beeinflussen können. So hat denn auch das BGB. in § 440 mit seiner Verweisung auf §§ 323—325 nur auf die nachträgliche Unmöglichkeit verwiesen, während, wie gezeigt, für ursprüngliches Unvermögen es überhaupt keine Vorschriften gibt und die Parteien hier die Rechte aus dem Vertrage haben; das ist hier die actio empti auf Erfüllung.

Was nun die Regelung bei nachträglichem Unvermögen betrifft, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob das zukünftige Unvermögen beim Vertragsschluß erkennbar war und ob in der Übernahme der Leistungsverpflichtung auch eine Verpflichtung zur Beseitigung eines eventuellen zukünftigen Unvermögens erblickt werden kann; denn man muß im Auge behalten, daß jedes Unvermögen objektiv beseitigt werden kann, und der Gedanke liegt nahe, den Schuldner zu verpflichten, Anstrengungen zu machen, daß er die geschuldete Leistung bewirke und zu dem Zwecke das Unvermögen zu beheben. Die Verpflichtung, auch ein eventuelles Unvermögen zu beseitigen, kann aus der Art der Verkäuferverpflichtungen, wie sie in §§ 433, 434 gekennzeichnet sind, herausgelesen werden, und gewißlich wird mancher Vertrag auch diese Verpflichtung begründen; doch gibt es eine allgemeine

Garantiepflicht für das Nichteintreffen nachträglicher Unmöglichkeit nicht. Etwaige dahingehende Stimmen in der Literatur dürfen nicht mißverstanden werden. Es ist zu beachten, daß in solchen Äußerungen (z. B. Endemann S. 777 Anm. 40; Goldmann-Lilienthal S. 487; Titze S. 265) vielleicht nur gemeint ist, der die Haftung begründende mangelhafte Zustand müsse schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden haben, um eine Garantiepflicht zu rechtfertigen, so daß dabei mehr an eine Tatbestandsvoraussetzung der Rechtsmängelhaftung als an die Rechtsfolge, die eintreten soll, wenn wegen Unmöglichkeit nicht geleistet wurde, gedacht ist. Es ist wohl denkbar, daß ein Verkäufer aus Gründen der Rechtsmängelhaftung nach §§ 433, 434 objektiv wegen der mangelhaften Beschaffenheit der Leistung haftet, der aber subjektiv in der Rechtsfolge nach §§ 440, 324 wegen Unmöglichkeit von der Haftung in Wirklichkeit befreit wird. So gibt es nach der von Erbse falschverstandenen Ansicht zwar eine absolute Haftung für Rechtsmängel, aber keine absolute Haftung auch für Unmöglichkeit. Diese ist nach der Beziehung auf §§ 323—325 in § 440 gänzlich ausgeschlossen, würde auch, wie die herrschende Ansicht (Erbse S. 58; Oertmann S. 336; Schöller S. 6; Staudinger S. 605) zutreffend äußert, unbillig sein.

Von den wenigen Fällen der vertraglich übernommenen Haftung abgesehen, ist nachträgliches Unvermögen nach § 275 II wie nachträgliche Unmöglichkeit zu behandeln (Staudinger S. 605, 1a; Erdmann S. 336; Endemann S. 977 Anm. 40; Kleineidam S. 105 ff.; Titze S. 265).

Die nachträgliche Unmöglichkeit findet ihre gesetzliche Regelung in §§ 275—282 und §§ 323—325. Von diesen bezieht sich § 440 nur auf §§ 323—325, wo die Unmöglichkeit der Leistungen aus Verträgen geregelt ist. Da aber die Leistung des Verkäufers ebenso wie jede andere vertragliche Leistung auch als Einzelleistung betrachtet werden muß und die Vorschriften über die Einzelleistungen gewissermaßen nur Ergänzungsvorschriften zu den gegenseitigen Vertragsleistungen sind, so müssen §§ 275 bis 282 ebenfalls hier in Betracht gezogen werden, soweit die Einzelleistung des Verkäufers in Rede steht.

Das Gesetz scheidet die drei Fälle der Unmöglichkeit: zu vertreten von keiner Partei (§ 323), vom Käufer (§ 324), vom Verkäufer (§ 325). Bei nachträglicher Unmöglichkeit hängt die Haftpflicht des Verkäufers von der Beantwortung der Frage ab: „Hat der Verkäufer die Unmöglichkeit zu vertreten?“ Hierzu muß man sich zuvörderst klar werden: was hat der Verkäufer zu vertreten? Nach allgemeinen Grundsätzen tritt die Haftung ein, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit zur Leistung schuldhaft verursacht hat; sein Verschulden besteht in Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 276). Dem Verkäufer liegt es also ob, einen Umstand, der die Unmöglichkeit herbeizuführen droht, zu beseitigen. Er wird die eingetretene Unmöglichkeit zu vertreten haben, wenn er den die Unmöglichkeit herbeiführenden

Umstand objektiv beseitigen konnte, es aber unterlassen hat. So hat er z. B. zu vertreten, wenn er die Ersitzung durch einen Dritten nicht verhindert hat, oder wenn er die Zwangsversteigerung der gepfändeten Kaufsache nicht verhinderte, wozu er durch rechtzeitige Zahlung in der Lage gewesen wäre (Oertmann S. 336 β). Nicht zu vertreten hat er die Unmöglichkeit, wenn sie aus „objektiven, von der Gestaltung des Rechtsstreites des Verkäufers ganz unabhängigen Gründen“ (Protokolle) entstand. So etwa bei allen Fällen der höheren Gewalt, oder z. B. bei Fällen der Enteignung. Der Kreis der zu vertretenden Umstände wird dadurch erweitert, daß er auch ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen nach § 278 zu vertreten hat.

Da wir es hier nur mit der Haftung des Verkäufers zu tun haben, so interessieren in diesem Zusammenhang die Fälle der §§ 323 u. 324 weniger, es genügt festzustellen, daß zusammen genommen §§ 323, 324 die Fälle der seitens des Verkäufers nicht zu vertretenden Unmöglichkeit enthalten. Es bleibt also zu prüfen: Welche Rechtsfolgen treten bei Nichterfüllung durch den Verkäufer ein, wenn die Nichterfüllung beruht a) auf Unmöglichkeit, die der Verkäufer nicht zu vertreten hat, b) auf zu vertretender Unmöglichkeit. Zu a) muß als Grundsatz erwähnt werden, daß der Verkäufer von einer unmöglichen Leistung befreit wird; es entfällt demnach der Anspruch auf Erfüllung, jedoch mit der Einschränkung, daß der Gläubiger dasjenige, was der Schuldner an wirtschaftlichen Werten an Stelle der unmöglichen Leistung erlangt hat. als ein die echte Leistung vertretendes commodum herausverlangen kann. Dahin werden in erster Linie die Trümmer einer untergegangenen Sache gehören, sodann Ansprüche, sei es auf die abhanden gekommene Sache selbst, sei es auf Schadensersatz; aber auch wirtschaftliche Gegenwerte gehören hierher, so Versicherungsansprüche und Enteignungsgelder. Es ist bestritten, ob auch das Entgelt als stellvertretendes commodum anzusehen sei. Es wird dagegen angeführt, daß der Erlös nicht eigentlich „Ersatz“ und in seiner Höhe nicht notwendig durch den Wert des verkauften Gegenstandes bedingt sei, daß endlich der Konnex zwischen Erlangtem und der Unmöglichkeit nicht bestehe (Oertmann S. 102 d; Planck zu § 281 N. 2 II; Kisch S. 199 ff.; Goldmann-Lilienthal S. 337). Diese Gründe erscheinen jedoch nicht stichhaltig. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Ersatz nach Art und Umfang etwas von der wirklichen Leistung Verschiedenes sei. So kann der Umstand, daß die Höhe des Entgeltes als Ersatz nicht durch den Wert der echten Leistung bedingt sei, kein Grund sein, das Entgelt als Ersatz abzulehnen, da dieses nie der Fall sein wird und darum auch vom Gesetze nicht erfordert wird. Diesen gleichen Mangel könnte man ja auch Enteignungs- oder Versicherungsgeldern zuschreiben. Das gleiche gilt von dem zwischen Entgelt und Unmöglichkeit geforderten Konnex, der bei Versicherung und Enteignung auch fehlen würde. Endlich muß bezweifelt werden, ob § 281 mit dem Worte „Ersatz“ einen technischen Ausdruck gebrauchen will. Nach dem ganzen Zusammenhang scheint damit doch der

wirtschaftliche Gegenwert, den der Schuldner selbst für den Umstand des Unmöglichwerdens erlangt, gemeint zu sein. § 281 soll doch den wirtschaftlichen Ausgleich bilden zwischen dem Mißverhältnis der Leistungsbefreiung und dem Erlangten einerseits und dem Ausbleiben der Leistung andererseits. Ein Umstand, der eine Leistung unmöglich macht, pflegt im engsten Sinne nie so produktiv zu sein, daß noch ein dem Werte der echten Leistung entsprechender Ersatz dabei herauskäme. Das Gesetz sieht das Unmöglichwerden als eine Art Mißgeschick an, das unerwünscht, zumal unbeabsichtigt kommt. Darum ist der Ersatz das Ergebnis einer wirtschaftlichen Situation, die das Endresultat rechtlicher Vorgänge ist, die die Unmöglichkeit geschaffen haben. Mit Recht weist Enneccerus (S. 129 Anm. 9) darauf hin, daß allein diese Betrachtungsweise der Billigkeit entspreche (s. auch Titze S. 117 und Windscheid-Kipp S. 96; Dernburg Bd. 2 § 62 IV nach Oertmann).

Zu b): Hat der Verkäufer die Unmöglichkeit zu vertreten, so hat er dem Käufer gemäß § 280 den aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen; anstatt dieses Anspruchs kann der Käufer auch vom Vertrage zurücktreten oder gegen Zahlung eines entsprechenden Entgeltes das stellvertretende commodum verlangen. Der Käufer hat diese Rechte wahlweise, so daß die Geltendmachung der einen die anderen Ansprüche ausschließt.

Wenn nun der Käufer den Schadensersatzanspruch geltend macht, so fragt es sich, ob die Gewährung des Schadensersatzes nur eine organische Fortsetzung der auf Erfüllung gerichteten rechtlichen Geschehnisse ist, so daß der Schadensersatz als Surrogat der Leistung des Verkäufers angesehen wird und er berechtigt ist, noch seine Gegenleistung zu verlangen, oder ob durch den neuhinzutretenen Sachverhalt der Unmöglichkeit eine Unterbrechung der auf natürliche Abwicklung des Vertrages gerichteten Geschehnisse eingetreten und der Schadensersatz nur als Interessenausgleich anzusehen ist. Praktisch hat diese Unterscheidung weniger beim Kauf, als vielmehr beim Tausch einen Sinn. Wenn man davon ausgeht, daß die Schadensersatzleistung hier immer in Geld besteht — denn sofern Naturalrestitution möglich ist, z. B. bei vertretbaren Sachen (§ 279), so kann doch von Unmöglichkeit der Leistung nicht die Rede sein —, dann würde die Fortsetzung der vertraglichen Verbindlichkeiten, mutatis mutandis, in einer Hin- und Herleistung von Geld bestehen. Hier würde sich doch eine einmalige Leistung der Betragsdifferenzen empfehlen. So ist diese Frage eigentlich keine solche des hier zur Erörterung stehenden Kaufvertrages. Liegt aber ein Interesse des Schuldners auf die Gegenleistung vor, was beim Tausch, bei der Miete und bei vielen anderen Vertragstypen anerkannt werden mag, so wird es zutreffen, daß der Vertrag in seinem Bestande nicht durch das neu hinzutretende Moment der Unmöglichkeit berührt wird, wie dieses wohl von ursprünglicher Unmöglichkeit gemäß § 306 zutrifft. Vielmehr ist in dem Schadensersatzanspruch eine normale Auswirkung des Vertrages zu erblicken. Während in § 307 ein Schadensersatz für den Ausfall des ganzen Ver-

trages, Leistung und Gegenleistung miterfaßt, damit an Stelle des ganzen Schuldverhältnisses tritt und seinem Umfange nach die Differenz zwischen Vor- und Nachteilen darstellt, ist es in § 208 ganz offensichtlich nur der Ersatz für den Ausfall einer Einzelleistung und ist nur bestimmt, diese zu ersetzen ohne Rücksicht auf alle anderen aus dem gültigen Vertrage resultierenden Einzelleistungen, die daher auch nicht durch sie berührt werden. Bei aller Anerkennung der Zweckmäßigkeit der Differenztheorie muß doch die Austauschtheorie als dem Sinne des Gesetzes entsprechend anerkannt werden. Es entspricht auch durchaus der Billigkeit, daß der auf seine Leistung vorbereitete und leistungswillige Gegner ein dem Leistungsausfall entsprechendes Entgelt erhält. Die Heranziehung des § 376 HGB. zugunsten der Differenztheorie ist nicht zu billigen, da es nicht angeht, die besonderen Verhältnisse des Handelsgesetzbuches auf das Bürgerliche Gesetzbuch zu übertragen. (So Oertmann S. 164; Crome S. 181; Erdmann S. 706; Enneccerus S. 27; DJZ. S. 151; Kleineidam S. 145; Planck S. 151; dagegen Staudinger S. 278; Goldmann-Lilienthal S. 377; Bechmann Bd. 3 S. 197; Schöller S. 60 ff.; Cosack S. 397.)

Außerdem kann der Käufer vom Vertrage zurücktreten. Dieses geschieht nach § 327 in Anwendung der allgemeinen Regeln. Die Parteien haben sich bereits Geleistetes zurückzugewähren.

Endlich kann der Käufer gemäß § 281 die Herausgabe des stellvertretenden commodum verlangen. Der Kaufpreis mindert sich hierbei um den Minderwert des Ersatzes gegenüber der echten Leistung, und zwar in der Weise, daß der Wert des Kaufgegenstandes zur Zeit des Vertragsabschlusses sich zum Werte des commodum verhält wie der Kaufpreis zum Entgelt für das commodum. Diese Minderung tritt nur ein, wenn der Ersatz oder der Ersatzanspruch geringwertiger ist als die Kaufsache. Hat der Käufer schon den ungeminderten Kaufpreis bezahlt, so kann er die Minderung nach Kondiktionsgesichtspunkten herausverlangen.

4. Die Teilleistung.

Ist die Leistung zum Teil unmöglich, so kann der Käufer den noch möglichen Teil als Leistung aus dem allgemeinen Gesichtspunkte heraus, daß der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist (§ 266), ablehnen; er kann den Vertrag so ansehen, als ob er völlig unerfüllt geblieben wäre. Jedoch ist die Annahme einer Teilleistung in das freie Ermessen des Käufers gestellt. Was sind nun rechtliche Folgen der Annahme einer Teilleistung und was ist als Teilleistung anzusehen? Zunächst muß festgestellt werden, wie es der Vertragsfreiheit unterworfen ist, ob der Käufer eine Teilleistung annehmen will, so ist es auch Sache der freien Willensentschließung, ob er eine *bestimmte* Leistung als Teilleistung annehmen will oder nicht. Hier kann es sich nur darum handeln, festzustellen, was im streitigen Fall das Gesetz als Teilleistung ansieht.

Als wichtigstes Merkmal der Teilleistung wird es anzusehen sein, daß sie ein Teil der Hauptleistung ist, und zwar nicht in der Weise, daß sie ein Element der Hauptleistung ist, etwa ein einzelnes Merkmal ohne die anderen Merkmale, sondern ein Teil, der in der Art alle Merkmale der Hauptleistung aufweist; arithmetisch ausgedrückt: ein Quotient der Hauptleistung, kein Summand. Wie die Leistung aus dem Mietvertrage anders ist als die aus Kauf, aus Darlehen, aus Verwahrung, so ist auch seine Teilleistung, die eine solche dieses bestimmten Vertragstypus sein soll, von einer Teilleistung aus einer anderen Vertragsart verschieden. So gilt allgemein der Grundsatz, daß auch die Teilleistungen die artbestimmenden Merkmale der Hauptleistung an sich tragen müssen. Die Teilleistung unterscheidet sich zwar im Umfange, nach der Menge von der Hauptleistung, nicht aber nach Art und Charakter. So muß man, um zu prüfen, ob eine bestimmte Leistung als Teilleistung anzusehen sei, sich fragen, ob sie der Art nach wie eine Hauptleistung angesehen werden kann. Wenn z. B. als Leistung das Eigentum zu übertragen ist, so muß auch die Teilleistung eine Eigentumsübertragung sein und muß Einigung und Übergabe enthalten. Weder die Einigung allein, noch die Übergabe allein sind als Teilleistung anzusehen. Eine Teilleistung würde es sein, wenn das Eigentum an einer geringeren Anzahl von Sachen, oder nur an einem Bestandteile der Sache übertragen wäre. Eine Teilleistung ist regelmäßig quantitativ geringwertiger als die Hauptleistung; der quantitative Mangel kann freilich auch auf rechtlichem Gebiete liegen. Hieraus darf nun nicht geschlossen werden, daß eine qualitativ geringwertige Leistung als Ganzleistung anzusehen sei. Die Frage der qualitativ geringwertigen Leistung soll durch das Gesagte nicht berührt werden. Hier handelt es sich nur um den Typus der Leistung. Die Erörterung über die Qualität der Leistung gehört in die Sachmängelhaftung und nicht in den Rahmen dieser Arbeit und soll hier nicht besprochen werden.

Wie die Hauptleistung geartet sein muß, bestimmt das Gesetz in denjenigen Vorschriften, die den Typus der bestimmten Vertragsart festlegen in den sogen. Definitionsparagraphen, die auch das Kriterium dafür abgeben, ob eine unvollständige Leistung als Teilleistung anzusehen ist. So muß beim Kauf auch die Teilleistung Eigentums- und Besitzverschaffung enthalten. Wenn z. B. der Verkäufer dem Käufer nicht das Eigentum verschafft hat, sondern ihn nur zum Besitzer machte, so kann dieses ebensogut die Leistung des Vermieters oder Verleihers sein. Erhielt der Käufer nur Eigentum, nicht den Besitz, so kann dieses ebensogut die Leistung des Schenkers sein. Gerade das Zusammentreffen beider Leistungsmerkmale macht die Leistung zur Erfüllung des Kaufes als Vertragstypus. Hierbei wird es im einzelnen immer auf die konkreten Abmachungen des Einzelvertrages ankommen. Diese Betrachtung hat eine mehrfache Bedeutung insbesondere hinsichtlich der streitigen Frage, ob, wenn der Eigentumsverschaffungspflicht nicht genügt wurde, die geschehene Leistung als Teil-

leistung anzusehen sei. Nach dem Gesagten wird diese Frage zu verneinen sein (ebenso Titze S. 44; anders dagegen Oertmann S. 323 β; Schöller S. 7—9). Die in dieser Frage übliche Betrachtungsweise (Erfüllungspflicht innerhalb des Vertragszweckes) ist so fließend, daß ein bestimmter Gesichtspunkt durch sie nicht gewonnen werden kann, vielmehr bedeutet sie einen Hinweis auf eine Entscheidung von Fall zu Fall. Einen Grundsatz gewährt nur die obige Erwägung. Rechtshistorisch betrachtet ist gerade die Eigentumsverschaffung von solcher Erheblichkeit, daß auf sie als markantes Merkmal des heutigen Kaufes bei Erfüllung dieser Vertragsart nicht verzichtet werden kann. Hierfür sind nicht allein Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend, sondern auch kulturelle und rechtspolitische, darum darf auch der Vertragszweck allein nicht ausschlaggebend sein, sondern vor allem der Wille des Gesetzgebers, der den Kauf so formuliert hat. Wollte man die Rechtsverschaffung als unwesentliches Merkmal der Leistung aus dem Kaufvertrage ansehen, so würde das ein Rückfall in die alte rem habere licere-Betrachtungsweise sein. Gerade bei dem Inhalte der Verschaffungspflicht, wie sie in dieser Arbeit dargestellt wurde, ist es wichtig, festzustellen, daß, wenn nur eine Anzahl Bedingungen zum Erfolge erfüllt wurden, dieses noch nicht als Teilleistung anzusehen ist, sondern daß völlige Nichterfüllung vorliegt. Da diese Leistung als selbständiger Leistungsteil nicht angesehen werden kann und auch als Teil für den Gläubiger kein Interesse haben kann. Dem steht aber nicht entgegen, daß der Schuldner, um ganz zu leisten, die schon zum Erfolge gesetzten Bedingungen als schon gesetzt ansehen darf und nur die fehlenden zu ergänzen hat, so daß er das bisher Geleistete nur zu vervollständigen braucht. Es hindert auch nicht, daß der Gläubiger bei der Erfüllungsklage seinen Anspruch auf die Ergänzungsleistung beschränken kann, sofern durch eine Ergänzung der Leistung eine völlige Erfüllung zu erwarten ist. Wie bei Besprechung des Beweises dargetan, wird dieses sogar die Regel sein.

Andererseits dagegen wird man die Verpflichtung des § 434 als bloße Nebenverpflichtung ansprechen, da sie, wie schon aus der gesonderten Aufführung im Gesetz hervorgeht, als artbestimmendes Merkmal des Kaufvertrages nicht anzusehen ist. Sollte also der Kaufgegenstand nicht frei von Rechten übertragen sein, so würde man hier von Teilleistung sprechen, da der Vertrag der Art nach wohl erfüllt ist, doch keineswegs seinem ganzen Umfange nach.

Nimmt der Käufer die Teilleistung an, so ist damit nicht gesagt, daß er auf den Rest der Leistung verzichte; denn gerade durch den Umstand, daß er die Leistung als „Teilleistung“ annimmt, obwohl er nicht dazu verpflichtet ist, bekundet er, daß er die Leistung nicht als Vollleistung annimmt, auf die er doch Anspruch hat. Es ist nicht zu bezweifeln und wird auch allgemein angenommen, daß eine Leistung mit den Mängeln des § 434 als Teilleistung anzusehen ist. Da aber § 440

dem Käufer auch wegen Nichterfüllung der Verpflichtung nach § 434 die Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung gibt, so folgt daraus, daß der Käufer den Anspruch auf Nichterfüllung aus der actio empti behält, es sei denn, daß die actio empti nach § 275 I entfällt. Verzichtet aber der Käufer auf die Restleistung, oder ist sie aus Gründen der Unmöglichkeit oder des Verzuges (§§ 323, 325, 326) nicht zu erlangen, so vermindert sich seine Gegenleistung im Verhältnis der Minderung nach den gleichen Grundsätzen wie bei der quanti minoris, die ja auch bei der Beanspruchung des stellvertretenden commodum maßgebend sind und dort (S. 54) schon dargelegt wurden. Ist beim Verkauf mehrerer Sachen nur eine teilweise geliefert, so wird der Gesamtwert aller Sachen zur Bestimmung des Gesamtkaufpreises zugrunde gelegt.

Bei Geltendmachung der exceptio non adimpleti contractus findet, wie aus § 320 II hervorgeht, eine Minderung nicht statt, vielmehr kann der ganze Kaufpreis eingehalten werden; jedoch ist die Einhaltung ausgeschlossen, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt. Dieses ist bei Geringfügigkeit der Restleistung grundsätzlich der Fall.

5. Der Verzug.

Ist die Leistung des Verkäufers fällig, so ist er zur Leistung verpflichtet. Leistet er aber nicht, so hat der Käufer auf Grund dieses Sachverhaltes gewisse Rechte. Bleibt die Leistung aus, so wird für ihn zweifelhaft, ob er überhaupt eine Leistung erlangen kann. Die Rechtsbehelfe, die der Käufer hierbei hat, sind Schutzmaßregeln gegen die Ungewißheit seiner Lage. Es kommt ihm darauf an, diese Ungewißheit zu beseitigen und den Schuldner entweder zur Erfüllung zu zwingen oder die Nichterfüllung festzustellen, um seine Rechte daraus wahrzunehmen. Er kann zunächst auf Erfüllung klagen und die Erfüllung auch durchsetzen. Mit der Klageerhebung wird nach § 284 der Verkäufer zugleich in Verzug gesetzt. Der Sachverhalt des Schuldnerverzuges bietet zugleich die Handhaben für den Fall einer Nichterfüllung oder einer eventuellen Nichterfüllung. Wird der Verkäufer zur Leistung verurteilt, so hat der Käufer, wenn er nicht durch Vollstreckung die Erfüllung durchsetzen will, wie schon erwähnt, die Behelfe des § 283, wodurch dann der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen wird. Zu dem gleichen Resultat kommt der Käufer, wenn er sich der Rechtsmittel bedient, die ihm der Verzugszustand als solches in § 326 bietet. Der Verzug ist eine Art von Nichterfüllung ohne Berechtigung zur Verweigerung der Leistung, die aber noch die Möglichkeit der nachträglichen Erfüllung bestehen läßt. Mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit der späteren Erfüllung kann der Käufer nicht ohne weiteres z. B. wie bei der Unmöglichkeit verfahren. Er muß dem Verkäufer zu einer nachträglichen Erfüllung Zeit lassen. Die Ungewißheit seiner Lage besteht eben darin, daß er in dieser Zeit nicht weiß, ob ihm erfüllt

werde oder nicht, und daß er sich in dieser Zeit vor keiner Eventualität schützen kann.

Von der Verpflichtung, eine Nachfrist zu setzen, ist der Käufer nur dann befreit, wenn die Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat. Diese Vorschrift § 326 II entspricht der Vorschrift § 286 II. Die Wiederholung dieser Vorschrift in § 326 II will die Besonderheiten der gegenseitigen Verträge erfassen. Während es sich in § 286 II um das absolute Interesse an der Leistung handelt, ist in § 326 II das Interesse im Rahmen des gegenseitigen Vertrages im Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung gemeint. Im letzteren Falle wird das Fehlen des Interesses leichter zu bejahen sein, da die Last der Gegenleistung das Interesse ganz allgemein verringert. Das fehlende Interesse darf nicht etwa ursprünglich gewesen sein, sondern muß kausal durch den Verzug bedingt sein, und zeitlich durch den Zeitablauf infolge der Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse entstanden sein. Den Schulfall bildet das Fixgeschäft, doch gilt für dieses die Sonderbestimmung § 361, der dem Käufer nur ein Rücktrittsrecht ohne Berücksichtigung des Interesses gewährt. Der Gläubiger hat das fehlende Interesse geltend zu machen und zu beweisen.

Um den Verkäufer in Verzug zu setzen, ist Klageerhebung nicht erforderlich, es genügt eine einfache Mahnung; diese aber kann beim Gebrauch der Behelfe nach § 326 mit der Fristsetzung zusammenfallen. Da die dem Schuldner gelassene Frist dem Zwecke der Erfüllung dient, so muß sie der Möglichkeit, die Erfüllung zu erreichen, angemessen sein. Sie muß dem Schuldner Zeit lassen, daß er die noch zu bewirkende Leistung bewerkstellige. Wenn zur Leistung eine Zeit erforderlich ist, wie z. B. bei der Werklieferung, so muß die Frist diejenige Zeit umfassen, die zur Herstellung des Werkes erforderlich ist. Doch ist hierbei zu berücksichtigen, daß die Leistungstätigkeit nicht erst mit der Fristsetzung beginnen soll. Der Schuldner sollte ja mit Beginn des Verzuges schon geleistet haben. Somit wird in der Regel der Käufer sich mit einer kürzeren Zeit begnügen können als der, die zur Herstellung des Werkes notwendig gewesen ist. Ist die Leistung nach Lage der Sache erst an einem späteren bestimmten Termin zu erwarten, so muß die Frist diesen Termin umfassen. Zur Angemessenheit der Frist gehört es, daß der Schuldner die gesetzte Frist als eine solche erkennt, deren Ablauf ohne Leistung die in § 326 bezeichneten Folgen hat, da der Schuldner sich in der Frist auf die Leistung vorbereiten soll. Der Zweck der Frist muß ihm daher bekannt sein. Die Frist muß einen bestimmten Zeitraum umfassen. Es liegt im Wesen der Frist, daß mit ihrem Ablauf eine Rechtsfolge eintreten soll; somit muß der Zeitpunkt des Ablaufs erkennbar sein. Die Erklärung des Käufers, daß er die Leistung „in angemessener Frist“ erwarte, bedeutet nichts mehr als eine Stundung auf ungewisse Zeit. War die vom Käufer gesetzte Frist zu kurz bemessen, so erfüllt sie nicht den Zweck, den der Gesetzgeber ihr unterlegt; da der Käufer dann in der gesetzten Frist nicht leisten kann,

so waltet derselbe Zustand ob, als ob überhaupt keine Frist gesetzt wäre, so ist auch der Ablauf der unangemessenen Frist ohne Leistung für ihn unschädlich (Crome S. 368a; Planck S. 24b; Staudinger S. 285c). Doch entbindet ihn dieser Umstand nicht von der Pflicht, die Leistung in dieser Zeit zu versuchen. Ihm liegt es ob, die Unangemessenheit der Frist an Hand seines mißglückten Versuchs darzutun und zu beweisen. Die darauf vom Käufer zu setzende Nachfrist kann dann ja entsprechend kürzer bemessen sein. Da nur der Gläubiger zur Fristsetzung befugt ist, so ist die Ansicht zu verwerfen, die dem Schuldner bei unangemessener Frist eine selbständige Fristverlängerung zubilligt. Auch die unangemessene Frist ist an sich vielleicht rechtsgültig. Unwirksam ist sie nur in Anbetracht der Dauer; die Behelfe des Schuldners hingegen sind aber defensiver Natur.

Kann die Leistung jeden Augenblick bewirkt werden und ist zur Herstellung der Leistungsvorbedingungen keine Zeit erforderlich, so entsteht die Frage, ob für solchen Fall überhaupt auf eine Fristsetzung verzichtet werden kann. Die Fristsetzung geschieht zugunsten des Schuldners. Es können für ihn Gründe vorliegen, die nicht ohne weiteres erkennbar sind. Obwohl es bei Berücksichtigung des Rechtsverhältnisses und des Einzelfalles angemessen sein kann, von einer Fristsetzung überhaupt abzusehen, wird es doch rechtens sein, ohne Zustimmung des Schuldners nicht von Fristsetzung abzusehen. Verzichtet jedoch der Schuldner auf Fristgewähr, so steht nichts entgegen, schon mit der Mahnung Rücktrittsrecht oder Schadensersatz zu geben, da die Fristsetzung ein Recht des Schuldners ist, auf das er verzichten kann.

Die gleiche Regelung wird dann einzutreten haben, wenn der Schuldner von vornherein erklärt, er werde innerhalb der Frist (sofern sie angemessen ist) nicht leisten. Dieser Standpunkt ist auch vom Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen anerkannt worden (Reichsgerichtsräte S. 359). Der Zweck der Fristsetzung ist, wie schon gesagt, dem willigen Schuldner unter Berücksichtigung seiner Interessen Zeit zur Leistung zu lassen, in der Hoffnung, daß in der gelassenen Zeit die Leistung auch wirklich erfolgt, und unter der Voraussetzung, daß der Schuldner seinerseits alles zur Leistung Erforderliche auch wirklich tut. Der Gläubiger hat ein berechtigtes Interesse an der Beseitigung seiner ungewissen Lage; die Fristsetzung will bei gebührender Rücksicht auf den Schuldner diese Ungewißheit beseitigen. Steht aber auf Grund einer Erklärung des Schuldners fest, daß er in der Frist nicht leisten werde, so erhellt hieraus, daß der Zweck, die Schuldnerinteressen zu berücksichtigen, entfällt. Der Gläubiger würde die Zeit nutzlos verlieren. Seine Lage würde insofern verschlimmert sein, als seine Ungewißheit im negativen Sinne beseitigt ist, da er ja nun nicht mehr auf Leistung rechnen kann, und er trotzdem nichts unternehmen könnte, um seine Interessen zu vertreten. Wollte man hier an dem Erfordernis der Fristinnehaltung festhalten, so könnte dieses nur aus formalistischen

Gründen geschehen, würde aber dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechen und dem Schuldner nicht dienen, während es den Gläubiger nutzlos schädigt. Hierbei braucht nicht berücksichtigt zu werden, daß in manchen Fällen in der Erklärung, daß in der Frist nicht geleistet werde, ein Verzicht liegen kann; sicherlich würde dieses nicht als Regel gelten können. Wenn hiergegen geltend gemacht wird, das Bürgerliche Gesetzbuch habe die allgemeine Tendenz, den Schuldner zu schützen, diese müsse auch hier ihre Geltung behalten, so muß dagegen gesagt werden, daß das Gesetz nur den gutwilligen Schuldner schützt, und ferner, daß dann, wenn von vorneherein feststeht, daß der Schuldner innerhalb der Frist nicht leisten wird, nicht von einer Verletzung der Interessen des Schuldners gesprochen werden kann, wenn man von Einhaltung der Frist absieht. Darum ist es unnötig, hier den Schuldner zu schützen. Wollte hier der Schuldner auf Fristsetzung bestehen, so könnte das nur den Zweck haben, durch Hinausschieben der Entschlußfreiheit des Gläubigers diesen zu schädigen, wo durch die Anwendbarkeit von § 226 in den Bereich der Möglichkeit gerückt wäre. In den Fällen, in denen der Käufer an die Innehaltung der Frist nicht gebunden ist, treten die an das erfolglose Ablaufen der Frist geknüpften Rechtsfolgen schon mit Beginn des Verzuges ein.

Ist bis zum Ablauf der Frist die Leistung nicht bewirkt, so kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Er hat somit dieselben Rechte wie bei der unmöglichen Leistung. Das bei Besprechung der unmöglichen Leistung hierzu Gesagte gilt auch an dieser Stelle.

6. Die exceptio non adimpleti contractus.

Neben diesen angriffsmäßigen Rechtsbehelfen steht dem Käufer noch die defensive exceptio non adimpleti contractus des § 320 zu. Die Einrede verteidigt den Käufer gegen den Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises, wenn dieser noch nicht geleistet hat. Hier handelt es sich nur um die Anwendbarkeit der exceptio infolge des Hinweises in § 440 I als Rechtsfolge des Einstehens für Rechtsmängel seitens des Verkäufers. Sie ist also grundsätzlich in allen Fällen rechtlicher Mangelhaftigkeit gegeben, so wenn der Käufer Eigentum, aber keinen Besitz erwarb, oder wenn er nicht Eigentümer wurde, ferner in allen Fällen, auf die § 434 Anwendung finden würde. Wenn das Vorhandensein eines rechtlichen Mangels die Leistung des Verkäufers als eine Teilleistung qualifiziert, so ist die Einrede dann ausgeschlossen, wenn die Mangelhaftigkeit so geringfügig gegenüber der Hauptleistung ist, daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wegen dieser die ganze Zahlung zu verweigern. Selbstverständlich braucht der Käufer aber auch diesen geringfügigen Rechtsmangel nicht zu dulden; er ist hier nur nicht berechtigt, seinetwegen die Zahlung zu verweigern. Haben dem Käufer

mehrere zu leisten, so kann er auch die ganze Gegenleistung verweigern, wenn ihm insofern nur teilweise geleistet wurde, als noch nicht alle Verkäufer geleistet haben, so daß keiner der Verkäufer vor Bewirkung der ganzen Leistung seine Zahlung beanspruchen kann.

Das Zahlungsverweigerungsrecht des § 320 ist kein absolutes, sondern nur ein vorübergehendes; es ist eigentlich nur ein Zahlungsaufschubrecht, das in dem Augenblick beseitigt ist, wo der Verkäufer mangelfrei liefert. Daraus folgt, daß § 320 für alle die Fälle nicht als Grundlage dienen kann, wo der Käufer grundsätzlich nicht zahlen will, so z. B. im Falle eingetretener Unmöglichkeit. Hier gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 323 u. 325, die den Käufer von der Zahlung befreien. Während § 320 die Verpflichtung zur Zahlung als fortbestehend anerkennt, hebt § 323 die Zahlungspflicht auf (Staudinger S. 260; Reichsgerichtsräte S. 349, 3; Oertmann S. 153, 9; Planck S. 137 I; Enneccerus S. 92, 9).

Über die Natur der exceptio non adimpleti contractus, die sich nach richtiger Ansicht als ein potenziertes Zurückbehaltungsrecht darstellt (Oertmann S. 151, 3), braucht in dieser Arbeit nicht gehandelt zu werden; doch sei bemerkt, daß die exceptio im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung nicht ausgeräumt werden kann.

Ist der Käufer vorzuleisten verpflichtet, so kann er die Zahlung nicht verweigern. Es liegt in der Natur der Sache, daß Rechtsmängel erst nach der Lieferung zutage treten, daher kann eine Anwendung der exceptio non adimpleti contractus für den Rechtsmängel behauptenden Käufer nur geltendmachenden dann von Bedeutung sein, wenn der Verkäufer vorgeleistet hat. § 320 paßt sich in diesem Punkte den Erfordernissen der Rechtsmängelhaftung an. Der in § 321 geregelte Fall, daß der Käufer vorzuleisten hat, wird keine große Rolle hinsichtlich der Rechtsmängelhaftung spielen. Eigentlich gehört auch ein Rechtsmittel, das dem Käufer Rechte gibt vor der Leistung, zu einer Zeit, wo man noch nicht weiß, ob und mit welchen Mängeln die Leistung behaftet sein wird, nicht in den Kreis der Rechte, die als Folge für mangelhafte Leistung gegeben sind. Die Berufung auf die Vorschriften §§ 320—327 in § 440 ist die Berufung auf die Bestimmungen über Nichterfüllung von Verträgen, um die Rechtsmängelhaftung diesem Gesichtspunkte ganz allgemein zu unterwerfen. Wenn unter den angeführten Bestimmungen implicite sich Vorschriften befinden, die ihrem Wesen nach als Rechtsfolge für rechtlich mangelhafte Leistung nicht passen, so ist das nicht von spezieller Bedeutung. So kommt § 322 als Mittel gegen rechtliche Mangelhaftigkeit gar nicht in Frage. § 321 bietet Behelfe schon vor der Leistung, falls der Käufer vorzuleisten verpflichtet ist, einer Benachteiligung durch mangelhafte Leistung zu begegnen, was aber insofern nicht in diese Arbeit gehört, als § 440 eine schlechte oder pflichtwidrig unterlassene Leistung des Verkäufers voraussetzt und § 321, der als Folge

dieser Versäumnis gilt, umgekehrt eine Leistungspflicht des Käufers, aber erst eine spätere der Verkäufer kennt.

Als Vermögensverschlechterung im Sinne von § 321 wird der Käufer bei Würdigung der besonderen Verhältnisse der Rechtsmängelhaftung jeden Umstand ansehen können, der eine rechtzeitige, mängelfreie Leistung unwahrscheinlich erscheinen läßt, selbst wenn die allgemeine Vermögenslage des Käufers gut ist.

7. Die Irrtumsanfechtung.

Es sei noch von einer rechtlichen Konsequenz rechtlich mangelhafter Leistung die Rede, die zwar nicht regelmäßig für alle Fälle zutrifft, die aber sehr oft in der Praxis vorkommen wird, und deren Möglichkeit gerade für die Rechtsmängelhaftung typisch ist. Wenn jemand eine fremde oder mit einem fremden Rechte behaftete Sache als seine eigene oder als mängelfreie Sache verkauft, so wird das in der Mehrzahl der Fälle aus Irrtum über die rechtlichen Verhältnisse der Sache geschehen. Es fragt sich nun, kann ein solcher Verkauf wegen Irrtums angefochten werden, ohne daß die regelmäßigen Rechtsfolgen der Rechtsmängelhaftung Platz greifen? Hier kommt es darauf an, ob sich der Irrtum des Verkäufers unter die Anfechtungsvoraussetzungen des § 119 subsumieren läßt. Betrachtet man die möglichen Rechtsmängel, so muß man unterscheiden, ob der Irrtum das Eigentum selbst betrifft; denn die Eigentumsverschaffung ist essentiell beim Kauf, oder ob ein anderer rechtlicher Mangel vorliegt. Es ist nun zu prüfen, ob die Willenserklärungen zu diesen Irrtumsmöglichkeiten inhaltlich durch die Erklärungstypen des § 119 erfaßt werden, und zwar 1. ob er sich über den Inhalt der Erklärung irrte, 2. ob er eine Erklärung dieses Inhaltes nicht abgeben wollte, 3. oder ob er sich über wesentliche Eigenschaften der Sache geirrt hat.

Hinsichtlich des ersten Gesichtspunktes, das Eigentum betreffend, muß man im Auge behalten, daß auch eine fremde Sache verkauft werden kann. Wenn nun jemand eine fremde Sache verkauft, weil er sie für die eigene hält, so ist zu prüfen, ob dieser Irrtum nicht ein bloßer Irrtum im Motiv ist. Der Irrtum muß den Inhalt der Erklärung betreffen. Gemäß § 433 enthält die Willenserklärung des Verkäufers die Verpflichtungserklärung, die Sache zu übergeben und ihn zum Eigentümer zu machen. Da die Merkmale des Kaufes den Ursprung der Sache unberührt lassen, so ist der Irrtum über das Eigentum des Verkäufers nach der normalen Verkäufererklärung „ich verpflichte mich, den Käufer zum Eigentümer zu machen", unerheblich, da diese Erklärung seiner wahren Absicht entspricht und inhaltlich einen Irrtum nicht enthält, es sei denn, daß die Erklärung inhaltlich die Bezeichnung der Sache als Eigentum des Verkäufers ausdrücklich einschließt (Schliack S. 19; Seeler in LZ. 1899 S. 16), ein Erfordernis, das eben durch die Eigenart des

Kaufes notwendig wird. Aber selbst dann ist für den Einzelfall der Irrtum als solcher im Motiv sehr naheliegend. Wenn einer seine eigene Sache verkaufen will, dem seine Sache feil ist, geht darauf aus, die Sache aus seinem Eigentume zu entfernen. So ist es die Regel im Geschäftsverkehr. So der Bauer, der sein Vieh zu Markte treibt, so der Händler, der seine Ware feilbietet. Irrt sich hier der Verkäufer über sein Eigentum, so irrt er sich im Motiv. Damit würde die Anfechtbarkeit entfallen. Doch ist hier nur eine Entscheidung aon Fall zu Fall möglich.

Nach dem Gesagten erhellt, daß ein Irrtum über die rechtliche Beschaffenheit normalerweise noch weniger zum Erklärungsinhalt des Verkäufers gehört, als ein Irrtum über das Eigentum. Eine Anfechtbarkeit aus dem erstangeführten Grunde würde darum auch hier entfallen.

Was die Frage zu 2 anlangt, daß der Verkäufer eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte, den Fall des Versprechens oder Verschreibens, so spielt er hier keine besondere Rolle. Zweifellos ist eine Anfechtung gegeben (Schliack S. 17).

Es bleibt der Fall unter 3, daß der Verkäufer sich geirrt hat über eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft. Ist nun fremdes Eigentum, und zusammenfassend, da es sich hier nicht um ein essentiale der Erklärung selbst, sondern um eine Eigenschaft der Sache handelt, ist ein rechtlicher Mangel eine wesentliche Eigenschaft der Sache? Schon im Anfang der Arbeit, als von der Preußisch-Österreichischen Haftungskonstruktion die Rede war (S. 5), wurde festgestellt, daß das Eigentum nicht als eine Eigenschaft der Sache, die eine sachmängelähnliche Haftung begründen könne, anzusehen sei, sondern als eine Beziehung zwischen Mensch und Sache. Doch es handelte sich dort nicht um einen Gesetzesausdruck, hier aber um einen Terminus, der durch die nähere Bezeichnung als verkehrswesentlich eine Deutung erhält, die ihn in rechtliche Vorstellungen einordnet. Sieht man nun vom allgemeinen Wortsinn des Wortes „Eigenschaft" ab und vergegenwärtigt sich, daß hier die Beschaffenheit der Sache innerhalb der Erfordernisse und Vorstellungsformen des Rechtsverkehrs, sagen wir, die rechtliche Situation der Sache gemeint ist, so wird man die Eigentümlichkeit einer Sache, daß sie Eigentum einer bestimmten Person sei, wohl im Sinne von § 119 II als Eigenschaft ansehen können, was bei Zugrundelegung des gewöhnlichen Wortsinnes im Hinblick auf den Unterschied zwischen Rechts- und Sachmangel nicht möglich wäre. Man wird auch, die rechtliche Eigentümlichkeit der Sache vorausgesetzt, ein an ihr bestehendes Pfandrecht oder einen Nießbrauch oder ein sonstiges dingliches Recht als eine Eigenschaft ansehen können. Dieses wird dem Sinne des Gesetzes entsprechen, da nicht einleuchtet, der Gesetzgeber habe in § 119 II mit „Eigenschaft" nur körperliche Eigentümlichkeiten der Sache bezeichnen wollen. Es ist daher zutreffend, wenn Zitelmann Irrtum und Rechtsgeschäft (S. 442) alles das eine Eigenschaft nennt, was von der Sache gesagt werden kann.

Was nun als verkehrswesentlich anzusehen ist, ist außerordentlich fließend, weil nur von Fall zu Fall festgestellt werden kann, ob eine Eigenschaft verkehrswesentlich für eine Sache ist. Kauft man eine Briefmarke, um einen Brief zu frankieren, so darf sie nicht entwertet sein; kauft man sie als Sammler, so muß sie entwertet sein. Allgemein wird man sagen können, eine Eigenschaft ist wesentlich, wenn sie zu denjenigen Merkmalen der Sache gehört, die sie zur Erfüllung des Verkehrszweckes, welcher der Willenserklärung zugrunde lag, unentbehrlich machen. Hier fragt es sich nun, ob das mangelnde Eigentum oder ein rechtlicher Mangel, etwa ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch, an der Kaufsache verkehrswesentlich sei. Die Frage ist zu bejahen, wenn es dem Käufer gerade darum ging, das Eigentum oder eine Sache ohne Belastung zu erhalten, um sie seinen Zwecken dienstbar zu machen. Doch man muß beachten, daß der Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums und zur Beseitigung von Rechten Dritter vertraglich verpflichtet ist. So wird durch einen rechtlichen Mangel nicht unwiederbringlich eine Eigenschaft der Sache zerstört und ein Irrtum über sie ist daher nicht eigentlich ein Irrtum über eine Eigenschaft der Sache, sondern über den Umfang der Leistung. Die Irrtumsanfechtung ist ein Recht des Anfechtenden und geschieht zu dessen Gunsten, um einen ihm drohenden Nachteil abzuwenden. Der Nachteil, den der Käufer mit seiner Anfechtung abzuwenden erstrebt, ist die Haftung für Rechtsmängel selbst. Diese aber tritt, wie gesagt, eigentlich nur im Falle der Unmöglichkeit ein. Als ein fernerer Nachteil, den der Käufer durch Anfechtung abzuwenden bestrebt sein könnte, wäre es anzusehen, wenn die Erfüllung selbst für ihn mit unverhältnismäßig großem Aufwand verbunden wäre. So ergibt sich, daß nicht der Rechtsmangel oder fehlendes Eigentum als solches den Charakter einer verkehrswesentlichen Eigenschaft verdient, da diese Umstände zu den landläufigen Vorkommnissen beim Kauf gehören und von der normalen Leistungspflicht erfaßt werden, sofern ihre Beseitigung zur normalen Abwicklung der rechtlichen Geschehnisse beim Kauf gehört. Ein Irrtum über sie ist kein Irrtum über eine Eigenschaft der Sache. Erst wenn ein solcher Mangel nicht oder nach der Auffassung des Verkehrs nur mit für den Kauf unverhältnismäßig großen Schwierigkeiten zu beseitigen ist, wird der Mangel verkehrswesentliche Eigenschaft des Kaufgegenstandes. Denn ein Mangel, dessen Beseitigung keine Schwierigkeiten macht und der pflichtmäßig beseitigt werden muß, kann nicht als verkehrswesentlich bezeichnet werden. Ein Irrtum über einen solchen Mangel, der die Unmöglichkeit der Beseitigung umfassen muß, begründet die Anfechtung. Hiermit ist schon gesagt, daß die Rechtssätze über die Mängelhaftung nicht lex specialis gegenüber der Irrtumsanfechtung als lex generalis sind; denn nicht die Mangelhaftigkeit als solche ist eine die Anfechtbarkeit begründende Eigenschaft, sondern erst die mangelnde Heilbarkeit, die, wenn der Irrtum als Tatbestandselement hinzukommt, Anfechtbarkeit zur Folge hat.

Somit sind auch die speziellen Sätze über die Rechtsmängelhaftung grundsätzlich der Anfechtbarkeit wegen Irrtums über einen Mangel nicht hinderlich (RG. in LZ. 1909 S. 499).

Wenn, wie gezeigt, die Bestimmungen der Rechtsmängelhaftung von den Rechtssätzen über Irrtumsanfechtung gänzlich verschieden sind, so gilt das auch speziell für das Verhältnis zwischen §§ 439 u. 122 II. Für den Unterschied zwischen diesen Vorschriften ist vor allem der Gegenstand der geforderten Kenntnis maßgebend. In § 439 handelt es sich lediglich um die Kenntnis des Mangels, also des tatsächlichen Zustandes der Sache. Diese begründet aber doch keineswegs allein eine Anfechtbarkeit. In 122 II hingegen wird eine Kenntnis des Grundes der Anfechtung, das ist in erster Linie des Irrtums, eines psychischen Umstandes, gefordert. Während so § 439 sich den Verhältnissen des Kaufes anpaßt und lediglich ein Orientiertsein über die Verhältnisse der Kaufsache voraussetzt, dient § 122 II einem ganz anderen Zweck; denn keineswegs bedingt die Kenntnis des Irrtums und seiner Grundlagen auch die Orientierung des Käufers über die Kaufsache, an die § 439 denkt.

Durch die Anfechtung wird der Kauf ex tunc nichtig. Jedoch ist der Verkäufer dadurch nicht aller Verpflichtung gegen den Käufer entbunden; er hat diesem vielmehr nach § 122 I das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

8. Die Eviktion im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Zu den bisher geschilderten Rechtsfolgen einer rechtlich mangelhaften Verkäuferleistung tritt eine bemerkenswerte, die in § 440 II—III für bewegliche Sachen aufgestellte hinzu. Wir haben uns im Verlaufe der Arbeit daran gewöhnt, eine rechtlich mangelfreie Leistung zu den Verkäuferpflichten zu zählen, die mangelhafte Leistung aber als Nichtleistung anzusehen, der gegenüber der Käufer Erfüllung verlangen könne, und haben schon den Anspruch auf Gewährleistung mit der bloßen Tatsache der mangelhaften Leistung als gegeben erachtet. Im Gegensatz zum römischen Recht, das auch die mangelhafte Leistung als Erfüllung ansah und erst dem Käufer den Gewähranspruch gab, wenn ihm durch Eviktion ein tatsächlicher Nachteil erwachsen war. Im § 440 II—IV finden wir den alten Eviktionsgesichtspunkt im Bürgerlichen Gesetzbuch wieder.

Ist ein Käufer nicht Eigentümer geworden, oder leidet die Sache an einem Rechtsmangel, der die Entwehrung zuläßt, so ist er nach den bisher dargestellten Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches die Rechtsfolge der Nichterfüllung, nämlich Schadensersatz zu beanspruchen, berechtigt. Sein Schade würde in dem Wert der Differenz zwischen mangelhafter und mangelfreier Leistung bestehen. Gleichzeitig würde er im Besitze und im Genusse der Kaufsache verbleiben. Er würde somit aus dem Kaufe ein Doppeltes davontragen: 1. den Gewährleistungsanspruch, 2. das habere

licere der Kaufsache. Denn wenn nach der neuzeitlichen Auffassung das unbeschränkte Eigentum die mit dem Kaufvertrag bezweckte Beziehung der Person des Käufers zur Sache sein soll, so ist doch eine in diesem Sinne mangelhafte Leistung nicht wertlos; wenn auch die dauernden Interessen des Käufers eine unverletzliche Rechtslage erheischten, sein nächstliegendes Interesse der Besitz und der Gebrauch der Sache selbst war. Andererseits hätte der Verkäufer den doppelten Nachteil, daß er Gewähr zu leisten hätte und auch auf die Kaufsache und ihren Gebrauch verzichten müßte. Dieser Unbilligkeit will das Gesetz im § 440 II—IV begegnen (Crome S. 441). Es umfaßt hierin auch den Verkauf solcher Rechte, die zum Besitze von Sachen berechtigen, da für diese die Lage die gleiche ist. So ist trotz des Verschaffungsprinzips im allgemeinen hier die Übernahme des römischen Eviktionsprinzips im Bürgerlichen Gesetzbuch gerechtfertigt. Über den Ursprung dieses Eviktionsgesichtspunktes im Bürgerlichen Gesetzbuche nachzudenken (Erbse S. 76), ist müßig; denn zweifellos sind es rein praktische Erwägungen gewesen, die zur Beibehaltung des Eviktionsprinzips in diesem Punkte geführt haben, während dieses Prinzip sonst grundsätzlich verlassen wurde, so gehört hierher, neben dem schon Gesagten, der von Endemann angeführte Gesichtspunkt der leichteren Berechnung der Anspruchshöhe. Dieser beweist, daß das Eviktionsprinzip keineswegs eine Schrulle der Römer war, sondern auch für den modernen Verkehr eine richtig beachtete verkehrstechnische Grundlage hat. Es ist nicht daran zu zweifeln, daß, wie Erbse S. 76 aus den Protokollen zeigt, hier das bewährte römische Prinzip übernommen wurde.

Der Anspruch auf Schadenersatz ist nur gegeben, wenn der Käufer sich der Sache entäußert. Jedoch ist der Käufer nicht gezwungen, gerade den Schadenersatzanspruch geltend zu machen, er kann dann, da es sich um den Schadenersatzanspruch als Folge von § 440 I handelt, noch die anderen aus § 440 I sich ergebenden Rechte, so den Rücktritt geltend machen und kann dann im Besitze und Genusse der Sache bleiben. Sofern aber der Dritte ihm die Sache abstreitet, würde dieses einer Herausgabe gleichkommen und den Ersatzanspruch begründen (Staudinger S. 611 a; Endemann S. 981 Anm. 61; Enneccerus S. 318; Planck S. 943 ca; Crome S. 441 Anm. 30).

Das aus § 440 I resultierende Recht muß auch den nach § 440 I gesetzten Voraussetzungen genügen; so muß im Verzugsfalle die Erfüllungsfrist gesetzt werden (Planck S. 343 e β; Enneccerus S. 319 Anm. 12).

Der Doppelerfolg, dem die Eviktion begegnen will, kann auf drei Arten verhindert werden. Wenn der Käufer die Sache dem evinzierenden Dritten herausgibt. Dieses muß geschehen mit Rücksicht auf das bessere Recht des Dritten, ein Umstand, für den der Käufer beweispflichtig ist. Der Herausgabe setzt das Gesetz die Fälle der Fusion gleich, nämlich wenn der Käufer den Dritten oder dieser den Käufer beerbt, oder auch wenn der Käufer den Dritten auf andere Weise abfindet, also im Besitze

der Sache verbleibt gegen einen sonstigen Vermögensnachteil, endlich wenn der Käufer das Recht anderweit erwirbt. In diesen Fällen bleibt zwar der Doppelerfolg bestehen, daß der Käufer die Sache und den Ersatzanspruch behält; aber er hat den anderen Nachteil, daß entweder er den Dritten abfinden mußte, oder sein Recht, das er als Dritter an den Käufer hatte, durch Vereinigung des Dritten mit dem Käufer in einer Person unterging. Demgegenüber hatte Verkäufer den Vorteil, daß die Rechte des Dritten gegen ihn erloschen. Zu den Fällen der Fusion gehört es auch, wenn der Dritte als Rechtsnachfolger des Käufers die Kaufsache und den Gewährleistungsanspruch erwirbt, die dem Käufer zustehenden Rechte grundsätzlich auch auf seinen Rechtsnachfolger anwendbar sind (Staudinger S. 612 c 3), so kann nicht bezweifelt werden, daß auch dieser Fusionsfall unter § 440 III fällt, eine Konsequenz, die analog auch daraus erhellt, daß der den Käufer beerbende Dritte den Schadenersatzanspruch nach § 440 III geltend machen kann (Staudinger S. 612; Planck S. 344; Enneccerus S. 318 Anm. 10).

In den in § 440 III angeführten Fusionsfällen ist die Voraussetzung des Ersatzanspruches, der für den Käufer tatsächlich eingetretene Nachteil nicht aus einem Umstand entstanden, der seiner freien Willensentschließung entsprang, wie dieses bei der freiwilligen Herausgabe an den Dritten im Abs. II der Fall ist. Während er bei freiwilliger Herausgabe vor Verwirklichung seines Entschlusses die in §§ 325 u. 326 bezeichneten notwendigen Voraussetzungen für das Eintreten des Ersatzanspruches erfüllen kann und auch daran gebunden ist, muß in den Fusionsfällen von den Voraussetzungen der §§ 325 u. 326 abgesehen werden, da das Eintreten des zum Ersatze verpflichtenden Umstandes sowie der tatsächliche Schaden nicht vom Käufer abhängt (Staudinger S. 611; Planck S. 314). Dasselbe wird auch dann zugunsten des Käufers der Fall sein, wenn der Dritte die Kaufsache erstreitet.

Ist der Käufer oder der Dritte nur zum Teil Erbe, so kann man aus § 1976 analog schließen, daß eine Fusion nicht eintreten soll, daß damit auch der Ersatzanspruch entfällt (so Staudinger S. 611; Endemann S. 982 Anm. 63; and. M. Enneccerus S. 318 Anm. 9).

Werden dem Käufer Rechte Dritter an die Sache geltend gemacht, so liegt ihm, falls er ihnen nachgibt, der Beweis für ihre Echtheit, Fälligkeit und Unbedingtheit ob. Dieser Beweis wird ihm nur restlos möglich sein, wenn er selbst den Ansprüchen des Dritten erlegen ist. Im alten Rechte war der Käufer auf einen Prozeß mit dem Entwehrer angewiesen und hatte dem Verkäufer den Streit zu verkündigen. Das neue Recht mutet dem Käufer diesen Rechtsstreit nicht mehr zu, sondern gibt ihm die Möglichkeit, durch Rückgewähr der Sache an den Verkäufer sich von der Beweislast zu befreien und diesem die Auseinandersetzung mit dem Dritten zu überlassen. Mit der Rückgewähr lebt in Verfolg des Erfüllungsanspruches der Anspruch auf Schadenersatz wieder auf.

Befindet sich der Käufer nicht mehr im Besitze der Sache, so vertritt die Vindikationszession an den Verkäufer die Rückgewähr.

Ist die Sache inzwischen untergegangen, so ist der Schadenersatzanspruch für den durch mangelhafte Leistung entstandenen Schaden ohne weiteres gegeben. Denn hier ermangelt der Käufer auch des Doppelerfolges wie nach Rückgewähr oder Herausgabe. Jedoch hat die Lage hier das Besondere, daß nun nicht der Doppelnachteil des Verkäufers beseitigt ist. Man wird kein Billigkeitshindernis darin sehen, wenn in Ermangelung der Rückgabemöglichkeit auch der Gewähranspruch dem Käufer versagt bliebe. Doch entspricht diese Regelung des Gesetzes analog dem Gesichtspunkt der Gefahrtragung durch den Verkäufer, der, wenn nicht mangelfrei, noch nicht erfüllt hat (Oertmann S. 337). Doch trägt der Verkäufer nicht die Gefahr an sich, er hat nur den Schaden seiner rechtlich mangelhaften Leistung zu ersetzen. Der Schaden muß daher kausal mit den Mängeln der Leistung zusammenhängen und hat mit dem Untergang der Sache nichts zu tun (Staudinger S. 612; Düringer-Hachenburg S. 144). Der Schaden besteht regelmäßig in der Wertdifferenz zwischen ordentlicher und mangelhafter Leistung. Dieser Schaden ist immer vorhanden. Hinzu käme noch eventuell der infolge des Mangels dem Käufer bis zum Untergange entgangene Gewinn und ein Schadenersatz an den Rechtsnachfolger des Käufers.

Nach dem Untergange der Sache ist die Leistung vollkommen unmöglich geworden, so daß eine Erfüllung nicht mehr zu erwarten ist. Damit entfallen aber auch die Voraussetzungen von § 326. Die Unmöglichkeitsvoraussetzungen finden keine Anwendung, da hier dem Käufer der Schadenersatzanspruch gewährt wird, wie wenn er die Sache zurückgewährt hätte. Ein Schadenersatzanspruch würde nur nach § 325 gerechtfertigt sein, der aber mangels eines Verschuldens des Verkäufers nicht zur Anwendung kommt. Der Schadenersatzanspruch ist in diesem Falle ein absoluter (Enneccerus S. 318 Anm. 11; Planck S. 344).

Trifft den Käufer hinsichtlich des Unterganges ein Verschulden, so berührt dieses den Ersatzanspruch an sich nicht (Goldmann-Lilienthal S. 492), doch ist eine Haftung dafür nach anderen Gesichtspunkten nicht ausgeschlossen. Bedenklich jedoch erscheint es, § 254 hierfür heranzuziehen. Es handelt sich hier um einen Schadenersatz für mangelhafte Leistung des Verkäufers, nicht für den schuldhaften Untergang. Den zum Ersatz verpflichtenden Umstand hat der Käufer nicht mit herbeigeführt; er wird durch den Untergang auch, wie gezeigt, nicht berührt. Somit trifft den Käufer bei Entstehung des Schadens kein Verschulden. Wollte man dieses bejahen, so müßte die Rückgewähr gleichfalls als ein konkurrierender Verschuldensumstand angesehen werden, da sie bei der Schadenersatzpflicht des Verkäufers dieselbe Rolle spielt wie der Untergang der Sache. Doch ist zu prüfen, ob nicht der Umstand, daß der Verkäufer einen Schaden erleidet dadurch, daß er die Sache nicht zurückerlangt, eine selbständige

Haftung, etwa nach deliktischen Grundsätzen, nach § 826 begründet. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Untergang vorsätzlich oder nur fahrlässig herbeigeführt wurde, ob die Sache vor Geltendmachung der Entwehrung oder nachher unterging, und ob die Zerstörung den Dolus der Schadenzufügung erkennen läßt. Dieses alles dürfte nicht unwesentlich sein. So konnte z. B. der Käufer vor der Entwehrung sich für den Eigentümer halten, und der Kauf konnte zum Zweck der Zerlegung der Sache abgeschlossen sein. Den Käufer für diese Fälle haftbar zu machen, erscheint unbillig und bedenklich (a. M. Planck S. 344; Goldmann-Lilienthal S. 492 δ). Doch ist wiederum zu bedenken, ob eine zweckentsprechende Zerteilung durch den Käufer als Untergang in diesem Sinne anzusehen ist.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Johann Diedrich Behling, luther. Konfession, wurde am 25. Juni 1885 zu Elberfeld geboren. Meine Eltern sind der Rektor Joh. Diedrich Behling und seine Frau Hulda geborene Wülfing. Nach Beendigung einer dreijährigen kaufmännischen Lehrzeit erwarb ich nach Besuch der Oberstufe der Oberrealschule zu Barmen-Wupperfeld daselbst die Reife und studierte Rechts- und Staatswissenschaft an den Universitäten zu Marburg und Bonn. Am 11. Dezember 1911 bestand ich am Oberlandesgericht zu Köln die erste juristische Prüfung und wurde darauf am Amtsgericht in Lennep und am Landgericht in Elberfeld als Rechtspraktikant beschäftigt. Meiner militärischen Dienstpflicht genügte ich 1912/13 beim Feldartillerie-Regiment Nr. 35. Seit dem 4. August 1914 befinde ich mich beim Heere.